Die Ausübung der Rechte

und

ihre allgemeinen Schranken

Inauguraldissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der
Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von

Rolf Joachim Sedlmayr
aus Radolfzell
Gerichtsreferendar in Ulm a. D.

1937

Buch-, Kunst- und Verlagsdruckerei J. Huggle & Sohn Radolfzell

Gedruckt mit Genehmigung der rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen
Fakultät der Universität Tübingen

Dekan: Professor Dr. Kreller
Berichterstatter: Professor Dr. Eißer

Tag der mündlichen Prüfung: 26. November 1936

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Dem Andenken meines Vaters

Inhalt.

A. Das subjektive Recht und seine Ausübung.

§ 1. Das subjektive Recht als Grundlage der Rechtsausübung . . . 1
§ 2. Die Handlung 5
§ 3. Die Arten der Rechtsausübung 9

B. Die Allgemeinen Schranken der Rechtsausübung.

§ 4. Allgemeines. Geschichtlicher Rückblick 20
§ 5. Das Verbot der Schikane 28
§ 6. Die guten Sitten als Schranke der Rechtsausübung 32
§ 7. Treu und Glauben als Schranke der Rechtsausübung . . . 48

C. Die Folgen des Rechtsmißbrauches.

§ 8. Die rechtliche Natur des Rechtsmißbrauches 62
§ 9. Der Schutz gegen Rechtsmißbrauch 72

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549602_0082

Schrifttum.

Bilfinger: Der Gemeinschaftsgedanke im geltenden Recht. Juristische Wochenschrift 1933, S. 2550 ff.

Blomeyer: Hat der Bauer Eigentum am Erbhof? Festschrift für Hübner. Jena 1935, S. 92 ff.

Blümner: Die Lehre vom böswilligen Rechtsmißbrauch. Heft III der rechts- und staatswissenschaftlichen Studien. Berlin 1900.

Bruns: Das Wesen der bona fides bei der Ersitzung. Berlin 1872.

Cyhlarz-San Nicolo: Lehrbuch der Institutionen des römischen Rechts. 19. Auflage, Wien 1933.

Dernburg: Pandekten. Erster Band, 2. Auflage, Berlin 1888. (Jude.)

Dietz: Unveräußerlichkeit und gutgläubiger Erwerb von Erbhofsachen. Deutsche Juristenzeitung 1935, S. 1453 ff.

Dölle: Lehrbuch des Reichserbhofrechts. München und Berlin 1935.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Erster Band, 9. Auflage, Berlin 1903.

Endemann: Die Verschweigung des Aufwertungsanspruchs. Deutsche Juristenzeitung 1928, S. 692 ff.

Enneccerus-Nipperdey: Allgemeiner Teil. 13. Bearbeitung. Marburg 1931.

Enneccerus-Lehmann: Recht der Schuldverhältnisse, 12. Bearbeitung, Marburg 1932.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.

Entscheidungen der Oberlandesgerichte.

Erdmann: Die Verwirkung. Jenaer Dissertation 1933.

Fischer: Die Rechtswidrigkeit. Leipzig 1911.

Fischer: Neugestaltung der Zwangsvollstreckung. Deutsche Juristenzeitung 1935, S. 79 ff.

v. Gierke, Julius: Sachenrecht. Berlin 1925.

v. Gierke, Otto: Die soziale Aufgabe des Privatrechts, 1889.

v. Gierke, Otto: Deutsches Privatrecht. 1. Band, Leipzig 1895; 2. Band, Leipzig 1905.

Goldenberg: Die Stellung des BGB zur Chikane. Rostocker Dissertation 1903.

Grund: Das Gesetz über die Beschränkung der Nachbarrechte. Juristische Wochenschrift 1934, S. 203 ff.

Hagen: Die guten Sitten als Rechtsbegriff. Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts. Band 52, S. 497 ff.

Hager: Chikane und Rechtsmißbrauch im heutigen bürgerlichen Rechte. München 1913.

Hamburger: Treu und Glauben im Verkehr. München und Berlin 1930. (Jude.)

Heck: Grundriß des Schuldrechts. Tübingen 1929.

Hedemann: Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin und Leipzig 1931.

Hedemann: Die Flucht in die Generalklauseln. Berlin 1933.

Hein: Die guten Sitten. Breslauer Dissertation 1906.

Heine: Ueber das Verhältnis der §§ 226 und 826 BGB zueinander. Heidelberger Dissertation 1906.
Heinemann: Die Verwirkung als Rechtsvernichtungsgrund. Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht, 1928, S. 935 ff.
Henle: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Allgemeiner Teil. Berlin 1926.
Hennig: Das Reichserbhofrecht. Berlin 1935.
Herschel: Das Erbhofeigentum. Mannheim 1936.
Herzog: Zum Begriffe der guten Sitten im BGB. Breslau 1910.
Hirsch: Die Uebertragung der Rechtsausübung. Berlin 1910.
Huber: Ueber den Rechtsmißbrauch. Berner Dissertation 1909.
Hubernagel: Nationalsozialistische Rechtsauffassung und Generalklauseln, in Frank: Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung. 2. Auflage, 1935, S. 970 ff.
Hübner: Grundzüge des deutschen Privatrechts. 5. Auflage, Leipzig 1930.
Ihering: Der Zweck im Recht. 2. Band, Leipzig 1898.
Kipp: Ueber den Begriff der Rechtsverletzung. Festgabe der Berliner juristischen Fakultät für Otto Gierke. Breslau 1910, 2. Band, S. 1 ff.
Koch: Das Chikaneverbot des § 226 BGB und seine praktische Anwendung. Freiburger Dissertation 1902.
Koppert: Die allgemeine Unterlassungsklage als Institut des bürgerlichen Rechts. Tübinger Dissertation 1933.
Krause: Schweigen im Rechtsverkehr. Marburg 1933.
Krause: Verwirkung. Deutsche Juristenzeitung 1934, S. 1512 ff.
Kreß: Lehrbuch des allgemeinen Schuldrechts. München 1929.
Kreß: Lehrbuch des besonderen Schuldrechts. München 1934.
Lange: Liberalismus, Nationalsozialismus und bürgerliches Recht. Tübingen 1933.
Lange: Generalklauseln und neues Recht. Juristische Wochenschrift 1933, S. 2858 ff.
Lange: Nationalsozialismus und bürgerliches Recht. Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung. 2. Auflage, München 1935, S. 931 ff.
Laun: Recht und Sittlichkeit. Hamburger Rektoratsrede 1924.
Larenz: Rechtsperson und subjektives Recht. In Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft von Dahm u. a. Berlin 1935, S. 225 ff.
Larenz: Vertrag und Unrecht. I. Teil, Hamburg 1936.
Lehmann: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches. 4. Auflage, Berlin und Leipzig 1933.
Lehmann: Zur Lehre von der Verwirkung. Juristische Wochenschrift 1936, S. 2193 ff.
Lindemann-Soergel-Breme: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 2. Auflage, Berlin, Stuttgart, Leipzig 1923.
Martin: Das Chikaneverbot des BGB. Würzburger Dissertation 1907.
Merk: Das Eigentum im Wandel der Zeiten. Marburg 1934.
Molitor: Zweckbindungen des Eigentums. Festschrift für Alfred Schultze. Weimar 1934, S. 33 ff.
Mößmer: Das Gesetz über die Beschränkung der Nachbarrechte. Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung. München, 1. Auflage, 1935, S. 1002 ff.
Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Berlin und Leipzig 1888.
Mügel: Die Rechtsprechung des Reichsgerichts über die Verwirkung von Aufwertungsansprüchen. Juristische Wochenschrift 1930, S. 1042 ff.
Müllereisert: Die Ehre im deutschen Privatrecht. Berlin 1931.
Müllereisert: Die Verwirkung. Zentralblatt für Handelsrecht 1933, S. 97 ff.
Müller-Erzbach: Wohin führt die Interessenjurisprudenz? Tübingen 1932.
Nast: Das Chikaneverbot im BGB. Rostocker Dissertation 1903.

Neubert: Nachbarrechte und Gemeinwohl. Deutsche Justiz 1934, S. 1240 ff.
Neumann: Verstoß gegen die guten Sitten und Schikane in ihrem Verhältnis zueinander. Breslauer Dissertation 1912.
Oertmann: Sittenwidrige Handlungen. Deutsche Juristenzeitung 1903. S. 325 ff.
Oertmann: BGB. Recht der Schuldverhältnisse. 5. Auflage, Berlin 1929.
Oppenheimer: Der Gesetzesmißbrauch. Kölner Dissertation 1930. (Jude.)
Orzechowski: Der Verstoß gegen die guten Sitten. Breslauer Dissertation 1926.
Petraschek: System der Rechtsphilosophie. Freiburg 1932.
Planck: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und Einführungsgesetz. 3. Auflage, Berlin 1903; 4. Auflage, 1928; Sachenrecht, 5. Auflage, 1933.
Planitz: Grundzüge des deutschen Privatrechts. Berlin 1931.
Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1897/98.
Ramdohr: Rechtsmißbrauch. Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts. Band 46, S. 577 ff. und 806 ff.
Recke: Die Verhütung mißbräuchlicher Ausnutzung von Vollstreckungsmöglichkeiten. Deutsche Justiz 1935, S. 183 ff.
Reichsgerichtsrätekommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 8. Auflage, Berlin und Leipzig 1934.
Reichstagskommissionsbericht zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs.
Rewoldt: Das Verbot der Chikane. Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts. Band 24, S. 677 ff.
Riezler: Venire contra factum proprium. Leipzig 1912.
Rostosky: Das Erbhofeigentum. Berlin 1935.
Rüdy: Der Rechtsmißbrauch. Münchner Dissertation 1934.
Schapp: Das Reichserbhofrecht. Berlin 1934.
Schneider: Treu und Glauben im Rechte der Schuldverhältnisse des BGB. München 1902.
Schneidler: Das Schikaneverbot des § 226 BGB. Recht 1906, S. 603 ff.
Siber: Römisches Privatrecht. Berlin 1928.
Siber: Schranken der privaten Rechte. Leipziger Rektoratsrede 1926.
Siber: Schuldrecht. Leipzig 1931.
Siebert: Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung. Marburg 1934.
Siebert: Vom Wesen des Rechtsmißbrauchs. Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft von Dahm u. a. Berlin 1935, S. 189 ff.
Siebert: Zum Begriff der Verwirkung. Juristische Wochenschrift 1932, S. 2384 ff.
Siebert: Gemeinschaft und Bürgerliches Recht. Deutsches Recht 1934, S. 303 ff.
Siebert: Die neueste Stellungnahme des Reichsgerichts zur Verwirkung. Juristische Wochenschrift 1934, S. 1829 ff.
Siebert: Die Volksgemeinschaft im bürgerlichen Recht. Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung. München 1935, S. 957 ff.
Sintenis: Das praktische gemeine Zivilrecht. 1. Band, 2. Auflage. Leipzig 1860.
Sohm-Mitteis-Wenger: Institutionen. 17. Auflage, Leipzig 1923.
Sontag: Gibt es eine Verschweigung des Aufwertungsanspruchs? Deutsche Juristenzeitung 1928, S. 868 ff.
Stammler: Die Lehre vom richtigen Rechte. Berlin 1902.
Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bearbeitet von Löwenfeld-Riezler-Kuhlenbeck-Kohler. 9. Auflage, München und Berlin 1930.
Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Sachenrecht. Erläutert von Kober. 10. Auflage, München und Berlin 1935.

Stein-Jonas: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 15. Auflage, Tübingen 1934.
Stoll: Die nationale Revolution und das bürgerliche Recht. Deutsche Juristenzeitung 1933, S. 1229 ff.
Stoll: Deutsches Bauernrecht, Tübingen 1935.
Stoll: Das bürgerliche Recht in der Zeiten Wende. Tübingen 1934.
Stoll: Vertrag und Unrecht. Tübingen 1936.
Tabouillot: Zur Auslegung des § 37 des Reichserbhofgesetzes. Juristische Wochenschrift 1934, S. 83.
Tegtmeyer: Zur Frage der Verwirkung. Juristische Wochenschrift 1936, S. 3100 ff.
Thon: Rechtsnorm und subjektives Recht. Berlin 1878.
Titze: Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1923.
Tolle: Erbhofeigenschaft und Hofzugehörigkeit. Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht 1935, S. 966 ff.
Tuhr: Allgemeiner Teil. Berlin 1928.
Tuhr: Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts. 2. Band, 2. Hälfte, München und Berlin 1918.
Unterhinnighofen: Das Gesetz zur Verhütung mißbräuchlicher Ausnutzung von Vollstreckungsmöglichkeiten. Deutsche Richterzeitung 1935, S. 23 ff.
Vogel: Das Vollstreckungsmißbrauchgesetz bei der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen. Juristische Wochenschrift 1936, S. 1102 ff.
Volkmar: Gesetz zur Verhütung mißbräuchlicher Ausnutzung von Vollstreckungsmöglichkeiten. Deutsche Justiz 1934. S. 1622 ff.
Wersche: Eigentum verpflichtet. Jenaer Dissertation 1931.
Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts. 9. Auflage, Frankfurt 1906.
Würdinger: Das subjektive Recht im Privatrecht. Deutsches Recht 1935, S. 492 ff.
Zahn: Zur Auslegung von § 226 BGB. Recht 1906, S. 847 ff.

Die in dieser Arbeit benutzten Abkürzungen sind die gebräuchlichen.

A. Das subjektive Recht und seine Ausübung.

§ 1. Das subjektive Recht als Grundlage der Rechtsausübung.

I Sprachlich und logisch gesehen, bedarf es zum Vorliegen einer „Ausübung" immer eines Gegenstandes derselben. Denn Ausübung bedeutet Verwirklichung eines Gegebenen; was aber nicht schon seiner Möglichkeit nach vorhanden ist, kann auch nicht durch Verwirklichung in Erscheinung treten. So ist, um von Rechtsausübung sprechen zu können, notwendig, daß etwas da ist, was ausgeübt wird. Dieses Etwas ist, wie sich schon aus dem Worte selbst ergibt, ein subjektives Recht. Wo ein subjektives Recht nicht besteht, kann von einer Ausübung dieses Rechtes nicht die Rede sein. Daher gilt grundsätzlich der Satz: Ohne Recht keine Rechtsausübung. Derjenige, der unberechtigterweise so handelt, als stehe ihm das Recht eines anderen zu, handelt nicht in Ausübung dieses Rechtes, denn ein Recht hat er gerade nicht, er kann es deshalb auch nicht ausüben. Was er tut, ist eine ganz gewöhnliche Handlung, eine Rechtsanmaßung, keine Rechtsausübung.

Nur eine scheinbare Ausnahme gibt es von der Grundregel, daß derjenige, der ein subjektives Recht nicht hat, es auch nicht ausüben kann. Es ist dies der Fall, daß jemand berechtigt ist, etwa als Vertreter ein fremdes Recht auszuüben [1]). Aber hier besteht auf Grund Gesetzes oder Rechtsgeschäftes eine rechtliche Beziehung zwischen dem Handelnden und dem Recht [2]). Es liegt deshalb auch in diesem Falle der Handlung ein subjektives Recht zugrunde, sodaß durch derartige Verhältnisse der Satz: ohne Recht keine Rechtsausübung, nicht durchbrochen wird.

[1]) Vgl. unten § 2 IV.

[2]) Diese kann auch nachträglich mit rückwirkender Kraft geschaffen werden durch Genehmigung u. s. w. nach § 185 BGB.

Der Grund dafür, daß ein nichtvorhandenes Recht auch nicht ausgeübt werden kann, ist logischer Art; er liegt im Fehlen des Rechtes, nicht darin, daß demjenigen, der ein ihm nicht zustehendes Recht angeblich ausübt, das Bewußtsein des Rechtes fehlt[3]). Denn, wenn der Nichtberechtigte glaubt, er habe irgend ein subjektives Recht und übe dieses aus, so handelt er zwar im (irrtümlichen) Bewußtsein seines Rechtes, übt dieses aber trotzdem nicht aus, weil er es eben garnicht hat. Das fehlende Recht kann also nicht durch die Meinung, ein subjektives Recht zu haben, ersetzt werden[4]); wer ein Recht nicht hat, kann es grundsätzlich auch nicht ausüben.

Aus diesen Gründen stellen sich Tätigkeiten, die dem Erwerbe eines Rechtes vorausgehen und auf diesen gerichtet sind, noch nicht als Ausübung des erst zu erwerbenden Rechtes dar. Es erscheint daher abwegig, von der Vorausübbarkeit eines Rechtes[5]) zu sprechen, in dem Sinne, daß etwa der Ersitzungsbesitzer (§ 937 BGB) schon während der Dauer der Ersitzungszeit das nach zehn Jahren in seiner Person zur Entstehung gelangende Eigentum ausübe. Dagegen kann die Tätigkeit, die dem Erwerbe eines subjektiven Rechtes dient, eine Handlung sein, durch die gleichzeitig ein anderes subjektives Recht ausgeübt wird[6]), wenn nämlich das Recht, das der Handelnde schon hat, ihn zum Erwerbe eines weiteren Rechtes befugt: ein Jagdberechtigter, der innerhalb seines Jagdbezirkes ein jagdbares Tier erlegt und in Besitz nimmt, übt durch diese Handlungen zwar noch nicht sein Eigentum an dem Tiere aus, das er ja dadurch erst zu eigen erwirbt, aber er übt sein Jagdrecht aus, das ihn zum Erlegen und Aneignen des Tieres berechtigt.

II. Ueber die notwendige Grundlage einer jeden Rechtsausübung, das subjektive Recht, ist im Rahmen dieser Arbeit in Kürze Folgendes zu sagen. Quelle eines jeden subjektiven Rechtes ist das objektive Recht[7]); die Rechtsordnung, als die Gesamtheit der das Gemeinschaftsleben eines Volkes ordnenden Sätze, verleiht einem Rechtsgenossen eine bestimmte Be-

[3]) So Blümner S. 178.
[4]) A. A. Sintenis, Seite 232, Anm. 1.
[5]) So Hirsch, S. 167.
[6]) Blümner, S. 164; Martin, S. 62.
[7]) Hirsch, S. 45; Huber, S. 71; Kipp, S. 3; Petraschek, S. 189; Stammler, S. 319; Stoll, Vertrag, S. 205; Thon, S. 288; Windscheid, S. 156; A. A. Gierke, Deutsches Privatrecht I, S. 252.

fugnis, durch die sich der Betreffende (das sogenannte Rechtssubjekt) von den übrigen unterscheidet. Entstehung und Umfang dieser Befugnis (des subjektiven Rechtes) richtet sich also nach dem objektiven Rechte. Was dieses verboten hat, ist kein subjektives Recht und es gibt kein subjektives Recht, das über den Umfang der vom objektiven Rechte gewährten Befugnis hinausgeht. Das subjektive Recht findet also, wie Lange [8]) es ausdrückt, Anfang, Inhalt und Ende im objektiven Rechte. Wenn nun auch objektives Recht und subjektive Berechtigung sehr eng zusammenhängen, so ist das Verhältnis doch nicht dergestalt, daß beides im Grunde das Gleiche ist und sich das subjektive Recht nur durch seine Beziehung auf ein Ich vom objektiven unterscheidet [9]). Vielmehr ist das objektive Recht ein Inbegriff ordnender Vorschriften, das subjektive ein Zustand einer Rechtspersönlichkeit, die in dieser Ordnung steht und wirkt.

Was das Wesen des subjektiven Rechtes anbelangt, so bedeutet es eine besondere Machtstellung, durch die sich sein Träger von den anderen Rechtsgenossen, den Nichtberechtigten, unterscheidet. Das subjektive Recht ist also, wie Windscheid [10]) gesagt hat, von der Rechtsordnung verliehene Willensmacht. Diese Machtstellung ist aber nur die eine Seite des Rechtes, der nach deutschrechtlicher Auffassung auf der anderen Seite eine Pflicht gegenüber der das subjektive Recht gewährenden und den Berechtigten umfassenden Gemeinschaft entspricht, die Pflicht zur sozial sachgemäßen Ausübung dieser Macht [11]). Diese Pflicht hat in neuester Zeit besonders Larenz [12]) betont, der den überkommenen Begriff des subjektiven Rechtes als der Macht eines einzelnen Willens ablehnt und, ausgehend von der Rechtsstellung als der Stellung in einer konkreten Gemeinschaftsordnung [13]), diese Rechtsstellung als Gliedstellung [14]) und als Verhältnis zu anderen Volksgenossen (und damit Rechtsgenossen) [15]) auffaßt. Auf diese Weise kommt Larenz an Stelle

[8]) Liberalismus, Nationalsozialismus und bürgerliches Recht, S. 8.
[9]) Blümner, S. 172; Huber, S. 71.
[10]) S. 156. Vgl. auch Gierke, D.P.R. I, S. 253; Lange, Handbuch, S. 936.
[11]) Staudinger-Kober, 1935, § 903, Anm. 6.
[12]) Rechtsperson und subjektives Recht, S. 244 ff.; vgl. auch Würdinger, S. 496.
[13]) S. 244.
[14]) S. 245
[15]) S. 250.

des subjektiven Rechtes im Sinne der älteren Lehre zu der Annahme einer pflichtbegrenzten Berechtigung, deren Inhalt sich jeweils aus der konkreten Ordnung des einzelnen Verhältnisses und seiner Einordnung in das Gemeinschaftsrecht ergibt [16]).

Das BGB selbst hat die Verbindung von Recht und Pflicht nur an wenigen Stellen zum Ausdrucke gebracht (z. B. §§ 1627, 1793). Weiter ist die Weimarer Reichsverfassung gegangen, die in ihrem Artikel 153 den Satz aufgestellt hat: „Eigentum verpflichtet" [17]). Dieser Satz, der die „gemeingefährliche Fiktion" [18]), daß das Eigentum ausschließliche Willkürmacht sei, beseitigt hat, gilt auch heute noch, da er durchaus dem nationalsozialistischen Grundsatze „Gemeinnutz vor Eigennutz" entspricht. Darüber hinaus aber muß betont werden, daß in jedem subjektiven Rechte schlechthin neben der Berechtigung auch eine Pflicht steht, nämlich die Pflicht gegenüber der das Recht erteilenden Gemeinschaft, das Recht richtig und den Gemeinschaftsbelangen entsprechend auszuüben [19]).

Die Möglichkeit hierzu wird in gewissem Umfange schon durch die Vorschriften des geltenden Rechtes gegeben. Denn der Hauptzweck der mit dem Rechte verbundenen Pflicht ist der, eine gemeinschaftswidrige Beeinträchtigung der neben dem Berechtigten in der Rechtsgemeinschaft wirkenden Rechtsgenossen zu verhindern. Das BGB enthält verschiedene Vorschriften, die, wie noch zu zeigen sein wird, derartige bei der Ausübung der subjektiven Rechte mögliche Beeinträchtigungen ausschließen und den Berechtigten in einer Rechtsstellung halten, die das Gemeinschaftsleben nicht stört. Auf diese Weise tritt schon im geltenden Rechte die mit dem Rechte verbundene Pflicht insoweit in Erscheinung, als der Berechtigte von seiner Rechtsstellung nicht einen den Zwecken der Rechtsordnung zuwiderlaufenden Gebrauch machen darf. Da weiterhin die wichtigsten dieser Vorschriften, die man unter dem Namen Rechtsmißbrauch-Verbote zusammenfaßt, „Generalklauseln" sind, so ergibt sich aus ihnen eine jeweils nach dem einzelnen Falle verschiedene Bestimmung dessen, was der Berechtigte

[16]) S. 260.
[17]) Vgl. über die Rechtsprechung hierzu RGZ 89, S. 121; Wersche, Diss.; J. Gierke, S. 44.
[18]) O. Gierke, Soziale Aufgabe, S. 20.
[19]) Endemann, Lehrb., S. 421; Siebert, Verwirkung, S. 104.

trotz seines subjektiven Rechtes nicht tun darf; damit tritt gegenständlich in Erscheinung, zu welchen Handlungen das subjektive Recht seinen Träger befugt.

III. Als Ergebnis der bisherigen Ausführungen ist festzuhalten: Das subjektive Recht ist die Grundlage der Rechtsausübung. Wo ein solches nicht vorhanden ist, kann grundsätzlich keine Rechtsausübung stattfinden. Das subjektive Recht ist eine von der Rechtsordnung verliehene Macht, die aber nicht unbeschränkt ist; vielmehr bestimmt sich ihr wirklicher Umfang im Einzelfalle darnach, welchen Gebrauch der Berechtigte von seiner Rechtsstellung machen, wie er sein Recht ausüben darf.

§ 2. Die Handlung.

Bei der Frage, wodurch ein subjektives Recht ausgeübt wird, was eine Rechtsausübung überhaupt ist, ist Folgendes zu beachten.

I. Rein innere Vorgänge, die sich lediglich innerhalb der Psyche eines Menschen abspielen, ohne daß sie ihren Ausdruck in einem auch äußerlich wahrnehmbaren Verhalten finden, sind für das Recht unerheblich. Nur dann, wenn ein äußeres menschliches Verhalten der rechtlichen Würdigung unterzogen wird, findet die ihm zugrunde liegende seelische Haltung (etwa Vorsatz oder Fahrlässigkeit) Beachtung seitens des Rechts; dies geschieht aber erst in zweiter Linie, d. h. das Recht geht von dem sinnlich Wahrnehmbaren zum Seelischen. Solange aber nur ein rein seelischer Vorgang gegeben ist, kümmert sich das Recht nicht um ihn, schon deshalb nicht, weil er als solcher mit den Mitteln des Rechtes, d. h. mit Zwangsmitteln, garnicht faßbar ist. Daher scheiden rein seelische Vorgänge aus dem Begriffe der Rechtsausübung, der ja ein rechtlicher ist, aus [20]). Durch den bloßen Willen des Berechtigten, etwa eine Forderung seinem Schuldner gegenüber geltend zu machen, wird das Forderungsrecht noch nicht ausgeübt, vielmehr ist eine Ausübung dieses Rechtes erst dann gegeben, wenn der Wille des Berechtigten durch ein körperliches, d. h. sinnlich wahrnehmbares Verhalten betätigt wird.

[20]) Blümner, S. 161; Hirsch, S. 51.

Ein solches gewolltes, äußeres und damit von Dritten wahrnehmbares Verhalten nennt man Handlung [21]) und die Ausübung von Rechten geschieht somit durch Handlungen [22]). Allerdings ist nicht immer ein positives Tun hierzu erforderlich, vielmehr kann auch in einem Unterlassen eine Rechtsausübung liegen [23]). Dies ist aber nicht schon dann der Fall, wenn der Berechtigte etwas zu tun unterläßt, was er auf Grund eines Rechtes tun könnte; wenn er also etwa eine ihm nach § 626 BGB mögliche Kündigung nicht ausspricht: in diesem Falle übt der Berechtigte nicht ein Recht durch Unterlassung aus, sondern er unterläßt die Ausübung eines ihm zustehenden Rechts. Wohl aber ist eine Rechtsausübung durch Unterlassung dann möglich, wenn jemand kraft eines besonderen Rechts zur Unterlassung einer Handlung befugt ist, zu der er normalerweise verpflichtet wäre. Ein Beispiel läßt sich aus § 1022 BGB entnehmen: Die grundsätzliche, kraft Gesetzes bestehende Pflicht zur Erhaltung der Anlage kann vertraglich ausgeschlossen sein. Dann besteht ein Recht des Eigentümers des belasteten Grundstücks, die Unterhaltung der Anlage zu unterlassen. Durch tatsächliches Unterlassen wird dieses Recht ausgeübt. Die Fälle, in denen ein solches Recht zur Unterlassung besteht, sind allerdings nicht sehr zahlreich, sodaß im Folgenden nur von der Rechtsausübung durch Handlungen gesprochen werden wird, zumal für die Rechtsausübung durch Unterlassung dasselbe gilt, wie für die Rechtsausübung durch positives Tun.

II. Die Handlung ist gewolltes Verhalten. Darin liegt zunächst einmal, daß nur Menschen handeln und damit Rechte ausüben können. Tiere scheiden also als Subjekte der Rechtsausübung aus, sie können aber — wie sonstige Sachen — Werkzeuge in der Hand des Ausübenden sein [24]). So übt etwa der Eigentümer einer Wiese sein Eigentum dadurch aus, daß er seine Tiere dort weiden läßt. Aber auch durch ein menschliches Verhalten wird ein Recht dann nicht ausgeübt, wenn dieses Verhalten nicht gewollt ist; es stellen daher Reflexbewegungen oder Bewegungen, die durch einen äußeren Anlaß, z. B. einen Stoß, hervorgerufen worden sind, auch dann keine Rechtsausübung dar.

[21]) Henle, S. 31; Lehmann, S. 125.
[22]) Blümner, S. 161; Hirsch, S. 45; Huber, S. 72; Koch, S. 13; Martin, S. 67 f.; Ramdohr, S. 811; Sintenis, S. 232, Anm. 1.
[23]) Hirsch, S. 46; Martin, S. 64; Ramdohr, S. 813.
[24]) Hirsch, S. 45.

wenn sie, rein äußerlich betrachtet, einen Erfolg herbeiführen, den der Berechtigte auf Grund seines Rechtes willentlich hätte herbeiführen können [25]), der also objektiv dem Inhalte eines subjektiven Rechtes entspricht. Vielmehr kann nur durch ein gewolltes Verhalten ein Recht ausgeübt werden, weil nur ein solches eine Handlung ist.

Besondere rechtliche Voraussetzungen für den Inhalt und die Art dieses Willens hat das Gesetz im allgemeinen nicht aufgestellt; es genügt also die natürliche Handlungsfähigkeit des Berechtigten, d. h. die Fähigkeit, seinen Willen frei bestimmen zu können. Insbesondere ist es grundsätzlich nicht erforderlich, daß der ein Recht Ausübende geschäftsfähig ist [26]). Nur dann, wenn sich die Rechtsausübung in den Formen eines Rechtsgeschäftes, einer geschäftsähnlichen Handlung oder einer Prozeßhandlung abspielt, ist Geschäfts- bezw. Prozeßfähigkeit zu fordern [27]). Wo allerdings schon die natürliche Handlungsfähigkeit fehlt, also etwa bei einem Wahnsinnigen, kann eine Rechtsausübung überhaupt nicht in Betracht kommen, da hier eine Handlung im Rechtssinne, d. h. ein gewolltes Verhalten, garnicht vorliegt.

III. Es wurde schon oben gesagt, daß nur dort von einer Rechtsausübung die Rede sein kann, wo ein subjektives Recht auch tatsächlich vorhanden und der Handelnde zu seiner Verwirklichung befugt ist. Daraus ergibt sich die Folgerung, daß die Rechtsausübungshandlung, um eine solche sein zu können, mit dem Inhalte des subjektiven Rechtes übereinstimmen muß [28]); es darf, sofern man von einer Rechtsausübung sprechen will, der Handelnde nicht mehr tun, als ihm das subjektive Recht zu tun gestattet. Tut er mehr, so entspricht sein Handeln nicht seinem subjektiven Rechte, er handelt dann also ohne Recht. Wenn auch dies noch nicht bedeutet, daß er rechtswidrig handelt, so kann er sich doch nicht mehr auf ein subjektives Recht bei seiner Handlung stützen. Weil aber die Ausübung eines nicht vorhandenen Rechtes begrifflich unmöglich ist, stellt ein

[25]) Der Eigentümer, der in seine Fensterscheibe gestoßen wird oder unversehens seine wertvolle Vase zertrümmert, übt dadurch nicht sein Eigentum aus, obwohl dessen Inhalt die Zerstörung decken würde. Der Grund liegt im Fehlen des Willens, der erst den Vorgang zur Handlung macht.
[26]) Hirsch, S. 52; Martin, S. 67, Anm. 66.
[27]) Hirsch, S. 52; Tuhr, S. 548.
[28]) Hager, S. 45; Hirsch, S. 26, 51; Sintenis, S. 234; Tuhr, S. 548.

derartiges Tun eine ganz gewöhnliche Handlung, keine Rechtsausübung mehr dar. Eine Handlung, die Rechtsausübung sein will, muß also dem Inhalte eines subjektiven Rechtes entsprechen, muß diesem Inhalte kongruent sein. Ist dies bei einer Handlung nicht der Fall, so ist sie keine Rechtsausübung; Rechtsausübung ohne zugrundeliegendes Recht ist ausgeschlossen.

Im Schrifttum wird teilweise die Meinung vertreten[29]), daß außer diesem Erfordernis des äußeren Entsprechens des Rechtsinhaltes und der Handlung, durch die jener verwirklicht wird, auch noch eine innere Beziehung zwischen Recht und Handlung notwendig sei, damit man von einer Rechtsausübung sprechen könne. Man hat nämlich gefordert, daß der Handelnde sich auch des Rechtes, das er ausübe, bewußt sein müsse. Hieran ist soviel richtig, daß in vielen Fällen, in denen ein Recht verwirklicht wird, der Handelnde sich seines Rechtes tatsächlich bewußt ist; insbesondere wird dieses Bewußtsein dann vorliegen, wenn das Recht einem anderen gegenüber geltend gemacht wird. Begriffsnotwendig für die Rechtsausübung ist dieses Bewußtsein aber nicht. Denn die Rechtsausübung ist ein objektiver Vorgang, durch den der Inhalt eines Rechtes verwirklicht wird, und diese Begriffsmerkmale sind dann gegeben, wenn die betreffende, als solche gewollte Handlung, gegenständlich betrachtet, dem Inhalte des Rechtes entspricht, wenn sie, mit anderen Worten, von einem subjektiven Rechte gedeckt ist[30]). Daß der Handelnde sich nicht bewußt ist, daß seinem Handeln ein ihm zustehendes subjektives Recht entspricht, ändert an der Tatsache nichts, daß er durch seine Handlung dessen Inhalt verwirklicht, und diese Verwirklichung eines Rechtsinhaltes ist eben die Ausübung des betreffenden Rechtes. Zum Vorliegen einer Rechtsausübung ist somit nicht erforderlich, daß die Handlung auch innerlich zum Rechtsinhalte in Beziehung gesetzt wird[31]), vielmehr muß sie diesem nur in ihrer äußeren Erscheinung entsprechen.

IV. Nicht nur der Berechtigte selbst kann ein Recht ausüben, sondern auch ein Dritter. Denn die Ausübung als ein tatsäch-

[29]) Blümner, S. 177, 178, 183; Koch, S. 14; Martin, S. 67; Sintenis, S. 232, Anm. 1.

[30]) Auch Blümner (S. 183) gibt zu, daß ohne Vorliegen des Bewußtseins eines Rechtes objektiv eine Rechtsausübung gegeben ist.

[31]) Hirsch, S. 52; Tuhr, S. 548.

licher Vorgang ist nicht an die Person des Berechtigten gebunden, sie kann vielmehr von Seiten jeder handlungsfähigen Person geschehen. Jedoch ist immer Voraussetzung für das Vorliegen einer Rechtsausübung, daß der Handelnde — sofern er nicht selbst der Träger des Rechtes ist — befugt ist, das Recht auszuüben. Es muß also eine rechtliche Beziehung gegeben sein zwischen dem Handelnden und dem auszuübenden Rechte. Diese Beziehung kann aus dem Gesetze selbst hergeleitet werden, so etwa beim gesetzlichen Vertreter (§§ 1627, 1793, 1897 BGB), beim Ehemann (§§ 1374, 1443, 1519, 1549 BGB), beim Vorstand eines Vereines (§ 26 II BGB), beim Konkursverwalter (KO § 6). Auch auf dem Wege eines Rechtsgeschäftes kann einem Dritten die Ausübung eines ihm nicht zustehenden Rechtes eingeräumt werden, indem etwa der Berechtigte einem Dritten Vollmacht zur Ausübung seiner Rechte gibt. Dies ist jedoch nicht bei allen Rechten möglich, vielmehr ist bei gewissen Rechten die Ausübung durch Dritte ausdrücklich für unzulässig erklärt worden (z. B. §§ 1307, 1358 III BGB). Immer aber muß der Handelnde befugt sein, das betreffende Recht auszuüben; fehlt es an dieser Befugnis, so liegt keine Rechtsausübung vor, weil der Handlung kein Recht zugrunde liegt; der Betreffende handelt dann ohne Recht.

V. Nach dem bisher Ausgeführten stellt sich die Rechtsausübung dar als ein gewolltes äußeres Verhalten, das auf Grund eines subjektiven Rechtes erfolgt und dem Inhalte dieses Rechtes entspricht.

§ 3. Die Arten der Rechtsausübung.

Die Ausübung eines Rechtes kann in dreierlei Art geschehen. Einmal so, daß der Berechtigte sich die Vorteile, die ihm sein Recht bietet, unmittelbar verschafft, indem er etwa das ihm gehörende Haus bewohnt. Eine zweite Art der Rechtsausübung ist die Geltendmachung des Rechtes; ihr ist eigentümlich, daß mit ihr der Berechtigte auf Grund seines Rechtes gegen einen Dritten vorgeht. Die dritte Art, wie jemand sein Recht ausüben kann, ist die Verfügung, d. h. die Aufgabe oder Belastung seines Rechtes. Allen drei Arten ist, so verschieden auch ihre Auswirkungen sind, das eine gemeinsam, daß sie eben Rechts-

ausübungshandlungen sind, d. h. Handlungen, die auf Grund eines subjektiven Rechtes erfolgen und dessen Inhalte entsprechen. Im einzelnen ist Folgendes zu sagen:

I. Der Genuß eines Rechtes, d. h. die unmittelbare, die rechtliche Mitwirkung eines Dritten nicht voraussetzende Verschaffung seiner Vorteile, kommt nicht bei allen subjektiven Rechten vor, sondern nur bei solchen, die den Berechtigten zu einer irgendwie gearteten Einwirkung auf eine Sache befugen. Am häufigsten ist der Genuß bei Zustandsrechten, also Rechten, deren Inhalt die Beherrschung eines Objektes ist, wie z. B. bei Eigentum, beim Nießbrauch. Hier genießt der Eigentümer bezw. der Nießbrauchsberechtigte sein Recht dadurch, daß er etwa die Früchte des seinem Rechte unterliegenden Feldes aberntet. Aber nicht nur bei Zustandsrechten, sondern auch bei gewissen Forderungsrechten, die dem Berechtigten den Besitz, den Gebrauch oder die Ziehung natürlicher Sachfrüchte einer Sache gewähren, wie z. B. Miete und Pacht, ist ein Genuß möglich, der etwa im Bewohnen der gemieteten Wohnung seitens des Mieters liegt. Dagegen ist der sogenannte „Zinsgenuß" kein Genuß eines Forderungsrechtes: das Einziehen der Zinsen ist Geltendmachung der Forderung, ihr tatsächlicher Verbrauch Genuß des Eigentums am erhaltenen Gelde [32]). Neben den bisher angeführten Rechten gibt es aber auch gewisse Gestaltungsrechte, bei denen der unmittelbare Genuß des Rechtes möglich ist. Dies sind diejenigen Gestaltungsrechte, die den Berechtigten zum Erwerbe eines anderen Rechtes befugen; so genießt etwa der Jagdberechtigte sein Jagdrecht dadurch, daß er jagdbare Tiere seines Jagdbezirkes erlegt und sich aneignet [33]).

Ob die Möglichkeit des Genusses aber zum Rechtsinhalte gehört, der Genuß selbst also Verwirklichung dieses Inhalts und damit Rechtsausübung ist, ist nicht unbestritten. Thon [34]) hat diese Frage verneint und ist der Ansicht, daß der Genuß zwar der Zweck des Rechtes sei, aber nicht zu seinem Inhalte gehöre.

[32]) Einziehung der Zinsen setzt rechtliche Mitwirkung eines Dritten (des Schuldners) voraus, sie ist daher keine unmittelbare Verschaffung der Vorteile des Forderungsrechtes. Verbrauch der erhaltenen Zinsen ist aus dem Grunde nicht Genuß der Forderung, weil durch ihren Empfang das Recht auf sie durch Erfüllung untergegangen ist.

[33]) Vgl. § 1 Abs. I u. II des Reichsjagdgesetzes vom 3. Juli 1934.

[34]) S. 288, 320.

Er hat diese Ansicht damit begründet, daß die Rechtsordnung mit Geboten und Verboten arbeite, mit dem hierdurch ermöglichten Genusse des Rechtes aber nichts zu tun habe.

Thon kann insofern zugestimmt werden, als die Gebote und Verbote der Rechtsordnung den Zweck verfolgen, den Inhalt der Rechte von dritter Seite nicht beeinträchtigen zu lassen. Aber dieser Schutz betrifft nicht nur die Geltendmachung der Rechte Dritten gegenüber, sondern die Sätze der Rechtsordnung haben auch den Zweck, den Berechtigten in seinem ungestörten Genusse zu schützen. Gerade dadurch, daß auch der Genuß geschützt wird [35]), zeigt die Rechtsordnung, daß sie diesen zum Inhalte des subjektiven Rechtes rechnet, den zu schützen sie berufen ist.

Außerdem bestimmt das positive Recht, das — entgegen der Ansicht Thons — durchaus nicht nur mit Geboten und Verboten arbeitet, auch den Inhalt der Rechte, und an verschiedenen Stellen zeigt das BGB, daß es den Genuß zu diesem rechnet. Unter den Genuß fällt etwa der Besitz, der jemand auf Grund eines dinglichen Rechtes an einer Sache zusteht, der Gebrauch und die Nutznießung, und diese Arten des Genusses führt das BGB an, wenn es sich mit den einzelnen Seiten eines Zustandsrechtes befaßt. Dies ist z. B. der Fall in den §§ 903, 954, 1030, 1653, 1685 BGB. Aus den angeführten Gesetzesbestimmungen ergibt sich, daß die Möglichkeit des unmittelbaren Genusses nach geltendem Rechte zum Inhalte der subjektiven Rechte gehört. Die Verwirklichung dieser Möglichkeit stellt sich daher als eine dem Inhalte des Rechtes entsprechende Handlung und somit als Ausübung des Rechtes dar. Der tatsächliche Genuß des Rechtes ist also Rechtsausübung [36]), seine Möglichkeit, wie Blümner [37]) es ausdrückt, der innerste, eigentlichste Inhalt des Rechtes.

Daran, daß der Genuß zum Rechtsinhalte gehört und das Recht durch tatsächlichen Genuß ausgeübt werden kann, ändert auch der Umstand nichts, daß durch den Genuß häufig der Gegenstand des Rechtes untergeht, dieses also damit gegenstandslos wird. Dies ist etwa dann der Fall, wenn der Eigentümer verbrauch-

[35]) So in § 1004 BGB.

[36]) Blümner, S. 176; Enneccerus-Nipperdey, S. 727; Hirsch, S. 85; Lehmann, S. 99; Martin, S. 56; Nast, S. 37; Neumann, S. 19; Siebert, Verwirkung, S. 122; Sintenis, S. 233; Tuhr, S. 545. Vgl. auch Gierke, DPR I. S. 319.

[37]) S. 175.

barer Sachen (§ 92 BGB) diese tatsächlich verbraucht und somit seinem Rechte das Objekt entzieht. Auch hier liegt eine Rechtsausübung vor, denn auch in diesem Falle tut der Handelnde etwas, was er auf Grund seines Rechtes tun darf, verwirklicht also, mit anderen Worten, den Inhalt seines Rechtes. Aus dem gleichen Grunde handelt jemand auch dann in Ausübung seines Rechtes, wenn er den Gegenstand des Rechtes zerstört [38]), ohne durch diese Handlung für sich einen Vorteil zu erwerben, ohne also mit der Zerstörung des vom Rechte umfaßten Gegenstandes das Recht selbst zu genießen. Voraussetzung ist lediglich, daß das Zerstören der Sache rechtlich gedeckt ist, was beim Eigentum im allgemeinen zutrifft [39]), nicht aber etwa beim Nießbrauch. Unter dieser Voraussetzung kann durch Vernichtung des Rechtsobjektes und einer hierdurch herbeigeführten Aufhebung des Rechtes selbst, dieses ausgeübt werden, da die Rechtsordnung den Handelnden in diesem Falle zur Vornahme der Zerstörungshandlung durch Gewährung des betreffenden subjektiven Rechtes befugt, diese Befugnis also in den Inhalt des Rechtes aufgenommen hat, der nunmehr durch die Handlung verwirklicht wird.

II. Die bisher aufgeführten Arten der Rechtsausübung, Genuß und Zerstörung, haben gegenüber den anderen Arten verschiedene Eigentümlichkeiten. Allgemein sind sie nur bei Zustands- oder Herrschaftsrechten, im wesentlichen also nur bei dinglichen Rechten [40]) möglich; daneben bieten auch einige Forderungsrechte und auf den Erwerb anderer subjektiver Rechte gerichtete Gestaltungsrechte die Möglichkeit, im Wege unmittelbaren Genusses ausgeübt zu werden. Weiterhin stellt sich die Handlung des Genießens oder Zerstörens als Realakt [41]) dar, zu dessen wirksamer Vornahme Geschäftsfähigkeit nicht erfor-

[38]) Blümner, S. 175; Nast, S. 37; Lindemann-Soergel, Vorbem. 1 vor § 226.

[39]) Zerstörung völkisch wertvoller oder volkswirtschaftlich wichtiger Güter verstößt unter allen Umständen gegen die guten Sitten, ist also eine unzulässige Rechtsausübung (Seite 46, Z. 3) und damit eine Handlung, die vom konkreten Inhalte des Eigentumsrechtes nicht mehr gedeckt ist (vgl. S. 65 ff.).

[40]) Auch die elterliche Gewalt (§ 1626 BGB) ist ein Herrschaftsrecht, aber Objekt dieses Rechtes ist eine Person, also ein Objekt, bei dem der tatsächliche Genuß ausgeschlossen, die Vernichtung vom Rechtsinhalte nicht gedeckt ist. (Anders hinsichtlich des letzteren Punktes die römische patria potestas: ius vitae ac necis.) Anders bei der vermögensrechtlichen Seite der elterlichen Gewalt.

[41]) Henle S. 32.

derlich ist. Schließlich berühren Genuß und Zerstörung als solche begrifflich nicht einen fremden Rechtskreis, sondern führen höchstens im einzelnen Falle eine derartige Berührung herbei; so etwa dann, wenn die zerstörte Sache mit dem Rechte eines Dritten belastet war.

Anders ist es mit der zweiten Gruppe von Rechtsausübungshandlungen, die man unter dem Sammelbegriff „Geltendmachung" zusammenfaßt. Geltendmachung eines subjektiven Rechtes ist diejenige Handlung, durch welche auf Grund des subjektiven Rechtes gegen einen Dritten vorgegangen wird [42]); zu ihrem Begriffe gehört also die Einwirkung auf den Rechtsbezirk eines anderen. In diesem Sinne können alle Arten der subjektiven Rechte geltend gemacht werden; so etwa ein Zustandsrecht (Eigentum) durch Erhebung einer Feststellungsklage oder der Klage aus § 985 BGB, ein Forderungsrecht (Anspruch) durch Leistungsklage, ein Recht des rechtlichen Könnens (Kündigungsrecht) durch Vornahme des entsprechenden Gestaltungsaktes. Die durch Geltendmachung des Rechtes erfolgende Ausübung geschieht entweder durch eine geschäftsähnliche (Mahnung, Kündigung) oder durch eine Prozeßhandlung (Klageerhebung), sodaß zur wirksamen Vornahme dieser Art von Rechtsausübungen stets Geschäfts- bezw. Prozeßfähigkeit erforderlich ist. Die Geltendmachung, die, wie sich aus den angeführten Beispielen ergibt, ohne oder mit Mitwirkung des Gerichtes, also gerichtlich oder außergerichtlich erfolgen kann, stellt sich stets dann als eine Rechtsausübung dar, wenn sie dem Inhalte des subjektiven Rechtes entspricht [43]). Im einzelnen ist zu der Ausübung eines Rechtes durch Geltendmachung desselben Folgendes zu sagen:

1.) Was zunächst die außergerichtliche Geltendmachung anbelangt, so ist diese Art der Rechtsausübung bei Zustandsrechten selten, da von der Wirkung eines solchen, solange es unverletzt ist und noch kein aus diesem Rechte abgeleiteter Anspruch besteht, ein Dritter rechtlich kaum umfaßt sein wird. Immerhin ist auch bei diesen Rechten die außergerichtliche Geltend-

[42]) Zu eng Martin, S. 53, dessen Begriff sich auf die Geltendmachung von Forderungsrechten beschränkt. Zu eng andererseits auch Tuhr, S. 547, vgl. Anm. [43]). — Lehmann, S. 99, rechnet die Geltendmachung zum Genusse.

[43]) A. A. Tuhr, S. 547, der die Geltendmachung nur als eine der Ausübung verwandte Erscheinung ansieht, da er den Begriff der Geltendmachung auf die Behauptung des Bestehens eines Rechtes beschränkt.

machung möglich, etwa in der Form, daß der Eigentümer sein Recht einem Dritten gegenüber betont, der die Absicht geäußert hat, unberechtigterweise in das Eigentum einzugreifen. Daß diese vorbeugende Handlung Inhaltsverwirklichung des Eigentumsrechtes ist, ergibt sich aus § 903 [44]). Anders ist es bei den Gestaltungsrechten, wie Kündigungsrecht, Aufrechnungsrecht, Anfechtungsrecht. Diese Rechte werden regelmäßig durch einseitige Erklärung (z. B. §§ 388, 143 BGB), also durch außergerichtliche Geltendmachung ausgeübt [45]); die außergerichtliche Geltendmachung ist die normale Art der Ausübung derartiger Rechte.

Ob auch die außergerichtliche Geltendmachung von Forderungsrechten, die also nicht im Wege der Klage auf Leistung, sondern etwa durch Aufforderung zur Erfüllung der Schuldverbindlichkeit (Mahnung) erfolgt, eine Ausübung des Rechtes darstellt, ist bestritten. Blümner [46]) verneint diese Frage, da eine derartige vorbereitende Handlung nicht auf unmittelbare Verwirklichung des Rechtes gerichtet sei; durch außergerichtliche Geltendmachung des Forderungsrechtes werde dieses ebensowenig ausgeübt, wie der Eigentümer eines Obstgartens sein Recht an diesem dadurch ausübe, daß er eine Leiter kaufe, um mit deren Hilfe seine Aepfel pflücken zu können. Letzteres ist im Ergebnis richtig, aber dies ist nicht deshalb der Fall, weil dieser Erwerb nur mittelbar der Ausübung des Eigentums an dem Garten dient, sondern aus dem Grunde, weil der Kauf der Leiter in keinerlei rechtlicher Beziehung zu dem Eigentum an dem Garten steht. Denn eine Leiter könnte auch jemand erwerben, der fremde Aepfel stehlen will, dagegen ist die Mahnung von Seiten einer Person, die zu ihrer Vornahme nicht berechtigt ist, rechtlich unerheblich. Hieraus ergibt sich, daß Erfordernis einer wirksamen Mahnung (und damit der außergerichtlichen Geltendmachung eines Forderungsrechtes überhaupt) das Berechtigtsein des Handelnden ist. Damit aber zeigt sich die außergerichtliche Geltendmachung als die Verwirklichung einer in dem Forderungsrechte ruhenden Befugnis und deshalb als Verwirklichung des Rechtsinhaltes, als Rechtsausübung [47]).

[44]) Vgl. RGZ 78, S. 254; 125, S. 110.
[45]) Hirsch, S. 72, 136; Tuhr, S. 546; RGZ 138, S. 375.
[46]) S. 158.
[47]) Hirsch, S. 97; Martin, S. 56; Nast, S. 38; Neumann, S. 19; Siebert, Verwirkung, S. 122; Tuhr, S. 546.

Hier kann gleich bemerkt werden, daß auch die Annahme der geschuldeten Leistung Ausübung des Forderungsrechtes ist [48]). Der Grund hierfür liegt darin, daß nur dann eine wirksame Annahme (und ihrzufolge der Untergang des Forderungsrechtes) erfolgen kann, wenn der Handelnde zur Annahme befugt, d. h. normalerweise, wenn er der Gläubiger der Forderung ist. Diese Befugnis stellt sich somit als ein Teil des Rechtsinhaltes dar und ihre Ausübung ist deshalb Ausübung des Forderungsrechtes.

2.) Daß die gerichtliche Geltendmachung eines Rechtes als Ausübung desselben anzusehen ist, wird nicht bestritten [49]). Gerichtliche Geltendmachung eines Rechtes kann jede Prozeßhandlung sein, zu deren Vornahme die Behauptung des Bestehens eines subjektiven Rechtes erforderlich ist, beziehungsweise in deren Vornahme diese Behauptung liegt. So stellen sich etwa die Erhebung einer Klage, der Antrag auf Erlaß eines Zahlungsbefehles als Handlungen dar, in denen die gerichtliche Geltendmachung, d. h. die Ausübung eines Rechtes enthalten sein kann, anders dagegen etwa ein bloßer Beweisantrag. Ob jedoch dann tatsächlich eine Rechtsausübung vorliegt, hängt davon ab, ob dem Handelnden das behauptete Recht in Wirklichkeit auch zusteht. Da die Klagerhebung die wichtigste Art der gerichtlichen Geltendmachung eines Rechtes ist, wird im Folgenden nur von ihr gesprochen werden.

Zustandsrechte werden in dieser Weise durch Erhebung einer Feststellungsklage (§ 256 ZPO) geltend gemacht [50]). Klagen auf Unterlassung der Beeinträchtigung eines Zustandsrechtes (etwa die Klage aus § 1004 BGB) sind nur mittelbar Ausübung dieses Rechtes [51]). Denn in erster Linie ist die Erhebung solcher Klagen die Ausübung eines aus der Verletzung des betreffenden Zustandsrechtes entstandenen Unterlassungsanspruches, also eines Forderungsrechtes. Die wirksame Geltendmachung dieses Forderungsrechtes hängt allerdings davon ab, daß der Kläger das Zustandsrecht, dessen Verletzung er behauptet, tatsächlich hat. Insofern wird mittelbar auch letzteres durch

[48]) Blümner, S. 193; Hirsch, S. 99; Tuhr, S. 546; A. A. Sintenis, S. 233.
[49]) Blümner, S. 158; Gierke, DRP I, S. 323; Hirsch, S. 114; Martin, S. 53; Nast, S. 38; Neumann, S. 19; Siebert, Verwirkung, S. 122; Tuhr, S. 546.
[50]) Hirsch, S. 130.
[51]) Etwas abweichend Hirsch, S. 96.

Erhebung der entsprechenden Unterlassungsklage ausgeübt, jedoch ist das primär ausgeübte Recht ein Forderungs-, nicht ein Zustandsrecht.

Daß die Klage aus einem Forderungsrechte, die auf Erbringung der geschuldeten Leistung gerichtet ist, eine Ausübung dieses Rechtes bildet, versteht sich von selbst; aber auch Gestaltungsrechte können gerichtlich geltend gemacht werden; so das Recht auf Scheidung der Ehe durch Erhebung der Scheidungsklage (§§ 1564 ff. BGB) oder das Recht auf Auflösung der offenen Handelsgesellschaft durch Erhebung der Auflösungsklage (§ 133 I HGB) [52]). Aber immer nur dann ist die Klage Ausübung eines Rechtes, wenn das Recht dem Klagenden tatsächlich zusteht, oder wenn er (als Vertreter) zur Erhebung der Klage aus dem Rechte sonstwie befugt ist.

Auch die zwangsweise Durchführung eines erstrittenen Urteils, die Zwangsvollstreckung, kann Ausübung des gerichtlich geltendgemachten Rechtes sein. Voraussetzung ist aber auch hierbei, daß der im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgenden Handlung ein sachliches Recht zugrunde liegt; dies ist dann der Fall, wenn das Urteil (oder die sonstige Grundlage der Vollstreckung) der tatsächlichen Rechtslage entspricht; anderenfalls, also wenn ein Fehlurteil vorlag, entspricht der Vollstreckungshandlung kein subjektives Recht, diese ist somit nicht die Ausübung eines Rechtes, da auch ein rechtskräftiges Urteil ein nicht vorhandenes Recht nicht entstehen zu lassen vermag [53]).

Abschließend mag zu der gerichtlichen Geltendmachung subjektiver Rechte noch bemerkt werden, daß diese nicht nur angriffsweise, also durch Klagerhebung, sondern auch verteidigungsweise erfolgen kann, etwa dadurch, daß der Berechtigte noch während des Prozesses aufrechnet, und daß ein Forderungsrecht auch durch Einrede geltendgemacht und damit ausgeübt werden kann, wobei das Gesetz selbst, z. B. in §§ 821, 853 BGB, die Handhabe bietet [54]). Ebenso liegt in dem Antrag

[52]) Wobei sich aus einem Vergleiche mit § 723 I S. 2 BGB zeigt, daß ein ganz ähnliches Gestaltungsrecht das einemal außergerichtlich, das anderemal nur unter Mitwirkung des Gerichts geltend gemacht werden kann.

[53]) Ueber die hier einschlagenden Fragen der inneren Rechtskraft der Urteile vgl. Stein-Jonas, § 322, II 1.

[54]) Hirsch, S. 129, 140.

auf Abweisung einer negativen Feststellungsklage die Ausübung des streitigen Rechtes, sofern dieses dem Beklagten zusteht [55]).

III. Der Schnittpunkt, an dem sich die Ausübung eines Rechtes und sein Untergang kreuzen, wurde bisher nur an zwei Stellen hervorgehoben: beim Genusse und bei der Zerstörung des Rechtsgegenstandes [56]). Beide Fälle haben etwas Besonderes für sich: beim Genusse ist der Rechtsuntergang die natürliche Folge des allmählichen Aufbrauchens des Gegenstandes, auf den sich das Recht bezieht; zu der Zerstörung desselben befugt nur ein einziges Recht, nämlich das Eigentum. Es erhebt sich nunmehr die weitere Frage, ob die Aufhebung der gewährten Willensmacht (des subjektiven Rechtes), soweit sie außerhalb der bereits erwähnten Fälle liegt, ebenfalls ihrer Möglichkeit nach zum Inhalte des Rechtes gehört, ob also die Aufgabe oder Beschränkung des Rechtes sich noch als seine Ausübung darstellen kann. Es handelt sich hier, mit anderen Worten, um die Frage, ob die Verfügung über ein Recht die Ausübung desselben ist. Bei der Verfügung über ein Recht wird dieses - - abgesehen von dem Falle der Belastung, die unstreitig [57]) Ausübung des subjektiven Rechtes ist — in der Person des Berechtigten aufgehoben, und zwar entweder unter Uebertragung auf einen neuen Rechtsträger (so bei der Veräußerung des Rechtes) oder ohne solche (so bei Erlaß und Verzicht).

Neumann[58]) hat ausgeführt, Entäußerung (mit oder ohne Uebertragung) eines Rechtes sei deshalb keine Rechtsausübung, weil sie dem Berechtigten nicht zur unmittelbaren Verwirklichung seines Rechtes verhelfen würde, sondern es für ihn untergehen ließe. Dem ist gleich entgegenzuhalten, daß der durch Ausübung eines Rechtes herbeigeführte Untergang dieser Willensmacht als solcher nichts an der rechtlichen Natur der Ausübung ändert, wie es oben bei der Behandlung des Genusses gezeigt wurde, den auch Neumann zur Rechtsausübung rechnet.

Blümner [59]) ist ebenfalls der Ansicht, daß die Veräußerung keine Rechtsausübung sei und zwar aus dem Grunde, weil durch sie

[55]) Hirsch, S. 132; A. A. RGZ 60, S. 391.
[56]) Vgl. oben I.
[57]) Diese Frage wird im Schrifttum nicht näher behandelt.
[58]) S. 19.
[59]) S. 195; ähnlich Koch, S. 15.

nicht ein dem Rechte entsprechender Zustand herbeigeführt werde. Aber eine derartige Herbeiführung eines dem Rechte entsprechenden Zustandes kann es, genau besehen, nur bei Forderungsrechten und bei Gestaltungsrechten geben, während bei der Ausübung von Zustandsrechten überhaupt Voraussetzung ist, daß ein dem Rechte entsprechender Zustand schon besteht.

Auch Thon[60]) ist der Ansicht, daß die Veräußerungsbefugnis nicht zum Inhalte des subjektiven Rechtes gehöre, dieses also durch Veräußerung nicht ausgeübt werde, da das Recht als das, was übertragen wird, nicht zugleich die zur Uebertragung befugende Macht sein könne. Diese Befugnis sei ein außerhalb des zu übertragenden Rechtes liegendes Können rechtlicher Art, kein selbständiges subjektives Recht. Demgegenüber behauptet Blümner[61]), daß diese Befugnis zwar nicht zum Inhalte des einzelnen Rechtes gehöre, daß sie aber trotzdem ein subjektives Recht sei, und zwar ein allgemeines Veräußerungs- und Verzichtsrecht, das durch Veräußerung oder Verzicht ausgeübt, aber vom Schikaneverbot des § 226 nicht umfaßt werde.

Es zeigt sich also, daß die angeführten Schriftsteller zwar insoweit einig gehen, als sie die Uebertragungsbefugnis nicht zum Inhalte des subjektiven Rechtes zählen, daß sie aber verschiedener Auffassung sind hinsichtlich der rechtlichen Natur dieser Uebertragungsbefugnis.

Zu der Ansicht Blümners, daß es ein allgemeines subjektives Entäußerungs- und Uebertragungsrecht gebe, ist zu sagen, daß dies nach dem Begriffe des subjektiven Rechtes nicht möglich ist. Denn von einem solchen kann man immer nur dort sprechen, wo einem Einzelnen (oder einer bestimmten Gemeinschaft, z. B. einem rechtsfähigen Vereine) eine besondere Machtstellung von der Rechtsordnung eingeräumt ist, durch die er sich von den übrigen Rechtsgenossen abhebt. Es gehört also zum Begriffe des subjektiven Rechtes im Sinne des Privatrechtes, daß es auch Nichtberechtigte gibt. Daher ist die Annahme eines allgemeinen, d. h. jedem Menschen zustehenden Rechtes zur Entäußerung von Rechten eine begriffliche Unmöglichkeit, denn bei einer Handlung, die ein jeder vornehmen kann, ist es

[60]) S. 327 ff., 338.
[61]) S. 196.

nicht zulässig, davon zu sprechen, daß sie auf Grund einer besonderen Machtstellung des Handelnden erfolge. Wollte man aber annehmen, daß der einzelne Berechtigte jeweils noch ein besonderes subjektives Recht zur Entäußerung und Uebertragung seiner Rechte habe, so hätte man damit noch nicht die von Thon a. a. O. hervorgehobene logische Schwierigkeit überwunden, daß das, was übertragen wird, nicht zugleich das sein kann, was überträgt. Denn es müßte dann jeweils das besondere Uebertragungsrecht seinerseits wieder übertragen werden.

Es führt daher die Auffassung, daß die Befugnis zur Entäußerung von Rechten nicht zum Inhalte des einzelnen subjektiven Rechtes gehört, zu keinem befriedigenden Ergebnis. Vielmehr erscheint die von der herrschenden Lehre vertretene Ansicht [62]) als richtig, die diese Befugnis zum Inhalte der subjektiven Rechte zählt. Hierfür sprechen zwei Gründe. Einmal ist das subjektive Recht auch hinsichtlich der übrigen Befugnisse, die es gewährt, etwas Einheitliches, und diese Befugnisse, wie die zum Genusse und zur Geltendmachung, stehen nicht selbständig nebeneinander, sondern sind nur verschiedene Seiten ein- und derselben Machtstellung. Es besteht deshalb kein Anlaß, eine einzelne Befugnis, nämlich die zur Verfügung, dem im übrigen einheitlichen subjektiven Rechte als etwas Selbständiges zur Seite zu stellen, denn diese Befugnis steht dem Berechtigten, genau wie die anderen, nur so lange zu, als er das subjektive Recht inne hat. Der zweite Grund für die hier vertretene Ansicht ergibt sich aus dem Wortlaute des Gesetzes, und zwar aus den Stellen, wo von Rechten die Rede ist, über die nicht im Wege der Uebertragung verfügt werden kann. Dadurch, daß das Gesetz in diesen Fällen meist die Wendung gebraucht [63]), „Der Anspruch usw. ist nicht übertragbar", zeigt es, daß es die Uebertragbarkeit als eine gewöhnliche Eigenschaft eines jeden Rechtes ansieht und sie damit zu dessen Inhalt rechnet.

Es ist daher zu sagen: Uebertragbarkeit und Verfügungsbefugnis im Ganzen liegen im Inhalte des subjektiven Rechtes, sie gehören zu seinen gewöhnlichen Eigenschaften und kommen nicht als ein „plus" zu dem Rechtsinhalte hinzu. Ihr Fehlen

[62]) Gierke, DPR I, S. 319; Hirsch, S. 84; Lehmann, S. 104; Martin, S. 60; Nast S. 37; RGRK § 903, Anm. 1; Siebert, Verwirkung, S. 122; Tuhr, S. 547; vgl. auch RGZ 98, S. 72.
[63]) Z. B. BGB §§ 38, 514, 664, 717, 847, 1059, 1658.

nimmt zwar dem einzelnen subjektiven Rechte nicht diesen Charakter, macht es aber zu einem inhaltlich beschränkten. So verliert der Gemeinschuldner durch die Konkurseröffnung zwar nicht sein Eigentum, aber dieses wird für ihn, als den Träger des Rechtes, durch den Uebergang der Verfügungsbefugnis auf den Konkursverwalter (§ 6 KO), in seinem Inhalte betroffen und beschränkt. Da die Verfügungsbefugnis normalerweise bei allen subjektiven Rechten gleichermaßen gegeben ist, mag man sie den allgemeinen Teil des Rechtsinhalts nennen [64]).

Wenn aber die Verfügungsbefugnis zum Rechtsinhalte gehört, so ist eine dieser Befugnis entsprechende Handlung (also Veräußerung, Verzicht, Belastung) eine Verwirklichung des Rechtsinhaltes und damit eine Rechtsausübung.

B. Die Allgemeinen Schranken der Rechtsausübung.

§ 4. Allgemeines. Geschichtlicher Rückblick.

I. Das subjektive Recht ist Macht, seine Ausübung Betätigung von Macht, und zwar einer Macht, die einem Einzelnen zusteht und die daher in sich die Gefahr birgt, daß durch ihre Betätigung andere verletzt werden. Da aber die Rechtsordnung als Friedensordnung den Zweck hat, unbillige gegenseitige Verletzungen der Rechtsgenossen zu vermeiden, muß sie Maßnahmen ergreifen, um die subjektiven Rechte der Einzelnen und ihre Ausübung untereinander so zu gestalten, daß derartige Verletzungen nach Möglichkeit ausgeschlossen sind. Wenn man sich nach dem Wortlaute des Gesetzes richtet, so scheint es zur Erreichung dieses Zieles zwei Wege eingeschlagen zu haben.

1.) Der erste Weg ist der, daß das Gesetz in Fällen, in denen eine Unbilligkeit droht, ein sonst unter gewöhnlichen Umständen gewährtes Recht versagt. Insbesondere ist diese Regelung dann getroffen, wenn wegen Geringfügigkeit der Sache die Gewährung eines Rechtes gegenüber einem anderen Beteiligten als

[64]) So Martin, S. 61.

ungerecht erscheinen würde. So ist z. B. in § 320 II BGB die Einrede des nichterfüllten Vertrages wegen Geringfügigkeit versagt, in den §§ 459 I S. 2 und 468 S. 2 sind aus denselben Gründen die Mängelrechte ausgeschlossen [65]), und nach § 542 II wird dem Mieter bei unerheblicher Hinderung nur unter bestimmten Voraussetzungen ein Kündigungsrecht eingeräumt.

Während die eben beispielhaft angeführten Vorschriften hauptsächlich dem Schutze einer Vertragspartei dienen, ist in zwei Gesetzen der neueren Zeit zwar nicht eine Versagung, wohl aber eine inhaltliche Beschränkung einzelner subjektiver Rechte erfolgt, und zwar aus Gründen des Wohles des Volksganzen [66]). In diesen Gesetzen werden einzelne, nach den nachbarrechtlichen Vorschriften des geltenden Rechtes sonst gegebene Befugnisse mit Rücksicht auf das gemeine Wohl ausgeschlossen, sodaß also, wenn man zunächst von dem Begriffe eines unbeschränkten Eigentums ausgeht, eine Minderung dieser Rechte eingetreten ist. In Wirklichkeit bedeuten aber diese Gesetze, das mag hier hervorgehoben werden, den ersten Schritt von einem individualistischen zu einem gemeinnützig gebundenen Eigentumsbegriff [67]).

Noch stärker als durch diese beiden Gesetze wurde der Eigentumsbegriff des BGB, wie er in seiner abstrakten Möglichkeit in § 903 in Erscheinung tritt, durch das Reichserbhofgesetz vom 29. September 1933 betroffen. Geht man von dem genannten Eigentumsbegriffe aus, so wurde das Eigentum des Bauern ganz erheblich eingeschränkt: Möglichkeit der Abmeierung, d. h. des Verlustes der Verwaltung und Nutznießung oder des Eigentumes überhaupt (§ 15), grundsätzlicher Ausschluß der freien

[65]) In diesen beiden Bestimmungen sieht Siebert, Rechtsmißbrauch, S. 191, Schranken für die Ausübung der Rechte. Dies ist aber nicht richtig: hier fehlt schon nach dem Wortlaute des Gesetzes ein Recht überhaupt. Enneccerus-Lehmann, S. 128, 389, 394; Kreß, Bes. Schuldrecht, S. 12, Anm. 61.

[66]) Gesetz über die Beschränkung der Nachbarrechte gegenüber Betrieben, die für die Volksertüchtigung von besonderer Bedeutung sind, vom 13. Dezember 1933 (RGBl. I, S. 1058). Gesetz über die Beschränkung der Nachbarrechte gegenüber Betrieben, die für die Volksgesundheit von besonderer Bedeutung sind, vom 18. Oktober 1935 (RGBl. I, S. 1247). Einen Vorläufer haben diese Gesetze in dem § 26 der Gew.-O., wo gewisse nachbarrechtliche Ansprüche zum Zwecke der Erhaltung wirtschaftlicher Werte ausgeschlossen sind.

[67]) Vgl. Grund, S. 203; Mößmer, S. 1003; Neubert, Deutsche Justiz 1934, S. 1240 f.

Verfügungsbefugnis über den Hof, sowohl unter Lebenden (§§ 37, 38), wie von Todes wegen (§ 24), sind die hauptsächlichsten Besonderheiten.

Infolge dieser Neugestaltung des Rechtes des Bauern an seinem Hofe ist in der Wissenschaft die Frage aufgetaucht, ob man dieses Recht überhaupt noch als Eigentum im Sinne des BGB bezeichnen könne. Wie Blomeyer [68]) mit Recht bemerkt, kann man diese Frage nicht schon beantworten mit dem Hinweis darauf, daß das Gesetz selbst an verschiedenen Stellen [69]) von Eigentum und Eigentümer spricht. Denn es frägt sich ja gerade, ob der Ausdruck „Eigentum" im Reichserbhofgesetz nicht eine andere Bedeutung hat, als sie demselben Ausdruck im BGB zukommt. Auch mit der Bezeichnung des Erbhofes als einer res extra commercium [70]) ist nichts gewonnen [71]), weil damit wohl die Unveräußerlichkeit und Unbelastbarkeit des Hofes betont, aber noch nichts gesagt ist über die rechtliche Natur der Beziehungen des Bauern zu seinem Hofe.

Die Ansicht, daß der Bauer überhaupt kein Eigentum an seinem Hofe habe, sondern lediglich ein nießbrauchsähnliches Recht, wird vertreten von Schapp [72]), hat aber sonst keine Zustimmung gefunden [73]). Dieser Auffassung steht gegenüber die Blomeyers [74]), welche besagt, daß das Eigentum am Erbhof echtes Eigentum im Sinne des BGB darstelle. Es habe nur die Besonderheit, in ausgedehntem Maße gemeinschaftsgebunden zu sein. Hierdurch verliere das Eigentum jedoch nicht sein Wesen, da das Eigentum des BGB die verschiedensten Typen umfassen und alle möglichen Beschränkungen erleiden könne.

Zwischen diesen beiden Auffassungen vermittelt eine dritte [75]). Nach ihr ist das Recht am Erbhofe zwar ein echtes Eigentum, aber es stellt ein Eigentum dar, das verschieden ist von dem des BGB, und eine besondere Art von Eigentum [76]) bildet. Diese

[68]) S. 96.
[69]) Z. B. Vorspruch, Absatz V; §§ 1, 7, 11, 16, 23.
[70]) Tabouillot, S. 83; vgl. auch Dölle, S. 37.
[71]) Blomeyer, S. 94.
[72]) S. 14 ff.
[73]) Gegen Schapp besonders Blomeyer, S. 100.
[74]) S. 102, 106; Dietz, S. 1458
[75]) Vertreten von Hennig, S. 521; Herschel, S. 10, 60, 61; Rostosky, S. 17; Stoll, Bauernrecht, S. 39, 55; Würdinger, S. 495.
[76]) Nach Herschel ein dreifach gestuftes Treuhandeigentum: Treugut des deutschen Volkes, des Reichsnährstandes und der Sippe (S. 10 ff.).

Ansicht erscheint als richtig. Das Eigentum des Bauern ist nicht das Eigentum des BGB, denn es hat nichts mehr gemein mit diesem grundsätzlich freien Herrschafts- und Verfügungsrecht, das nur ausnahmsweise Beschränkungen durch Gesetz oder Rechte Dritter unterliegt. Andererseits ist das Recht am Erbhofe auch nicht ein bloßer Nießbrauch, denn diesem Rechtsgebilde ist Vererblichkeit und (durch Genehmigung des Anerbengerichtes zu ermöglichende) Verfügbarkeit fremd.

Vielmehr stellt das Erbhofeigentum eine neu geschaffene, besondere Art von Eigentum dar, dessen Inhalt bestimmt ist formell durch das Reichserbhofgesetz, materiell durch die Form bäuerlichen Lebens, und die geschaffen wurde, um das Bauerntum als Blutquelle des deutschen Volkes und den Hof als Erbe der Sippe zu erhalten [77]).

In den aus dem Gebiete des BGB und der neuen Gesetzgebung genannten Fällen geht also die Rechtsordnung in der Art vor, daß sie einzelne Rechte entweder ganz versagt oder wenigstens ihren Inhalt einschränkt, oder, wie beim Eigentum am Erbhof, ein neues, besonders geartetes, subjektives Recht schafft, um auf diese Weise ihr Ziel, die Erhaltung des Rechtsfriedens und das Wohl des Volkes, zu erreichen. Man kann hierbei vom Systeme der Vorbeugung [78]) sprechen, in dem die schädliche Betätigung von Macht schon von vornherein dadurch verhindert wird, daß diese Macht, d. h. das subjektive Recht, garnicht oder nur in beschränktem Umfange zugestanden wird. Zu dieser Art von Vorschriften zählen auch noch solche des Familienrechtes, insbesondere des ehelichen Güterrechtes, durch die im Interesse der Vermeidung eines Mißbrauches einzelne Befugnisse eines sonst umfassenderen Rechtes für ausgeschlossen erklärt worden sind, so etwa §§ 1375, 1444—1446, 1795 BGB.

2.) Diesem Systeme der Vorbeugung stehen diejenigen Vorschriften gegenüber, die den Inhalt der Rechte anscheinend unberührt lassen, ihrer Ausübung aber Schranken auferlegen. Diese Regelung dient hauptsächlich dazu, solche Handlungen, die das Gesetz nicht allgemein durch Nichtgewährung oder Beschränkung von Rechten verhindern kann, im einzelnen Falle

[77]) Vorspruch, Absatz I und II.
[78]) Vgl. Blümner, S. 141; Fischer, S. 142; Goldenberg, S. 44 ff.

für unzulässig zu erklären; diese Rechtssätze sollen dort eingreifen, wo die tatsächliche Ausübung eines an sich gewährten Rechtes im Einzelfall den Zielen der Rechtsordnung zuwiderläuft [79]).

In diesen Fällen, in denen die Art und Weise der Ausübung eines an sich scheinbar in vollem Umfange gegebenen Rechtes mit den Zwecken und Zielen der Rechtsordnung nicht übereinstimmt, wo der Berechtigte von seinem Rechte einen Gebrauch macht, der rechtlich mißbilligt wird, spricht man von einem Mißbrauche des Rechtes [80]). In der Bezeichnung herrscht allerdings keine Einheitlichkeit: Oppenheimer [81]) schlägt den Ausdruck „Gesetzesmißbrauch" vor, da nicht das Recht mißbraucht werden könne, sondern nur der Buchstabe des Gesetzes. Hierzu aber ist zu bemerken, daß man, wenn von Rechtsmißbrauch gesprochen wird, unter „Recht" die Machtstellung der einzelnen Rechtsperson, also das subjektive Recht, begreift, nicht das objektive. Ramdohr [82]) beschränkt den Gebrauch des Wortes „Rechtsmißbrauch" auf den Fall der Schikane im Sinne des § 226 BGB, während Blümner [83]) hierfür den Ausdruck „böswilliger Rechtsmißbrauch" benützt.

Im Folgenden wird zunächst, wo es sich darum handelt, die Merkmale der unzulässigen Rechtsausübung aufzuzeichnen, der Ausdruck Rechtsmißbrauch allgemein benützt für die Fälle, in denen die Ausübung eines Rechtes nicht mit den Zwecken und den Vorschriften der Rechtsordnung im Einklang steht, wo also der Berechtigte von seinem Rechte einen anderen Gebrauch macht, als die Rechtsordnung, die ihm das subjektive Recht verliehen hat, es für zulässig erachtet. Die Vorschriften des geltenden Rechtes, die einen derartigen Mißbrauch untersagen, werden Rechtsmißbrauchsverbote genannt. Zwar wird unten

[79]) Vgl. Hager, S. 147; Protokolle I, S. 239. Dagegen halten Motive I, S. 274 und Rewoldt, S. 677, ein Verbot schikanöser Rechtsausübung nicht für notwendig.

[80]) Hager, S. 11. — Rüdy, S. 1, nennt den Rechtsmißbrauch einen „Versuch, die Rechtsordnung mit ihren eigenen Waffen zu schlagen". Die Lehre vom Rechtsmißbrauch (l' abus des droits) ist besonders in der französischen Rechtswissenschaft entwickelt worden, vgl. Müller-Erzbach, S. 67 ff.; Rüdy, S. 16 ff.; Siebert, Verwirkung, S. 68 ff. Ueber die Regelung, die das Schweizer Recht getroffen hat, vgl. unten S. 32.

[81]) S. 82 ff.

[82]) S. 577.

[83]) S. 12.

(§ 8) ausgeführt werden, daß die Schranken der Rechtsausübung zugleich auch Schranken des Rechtsinhaltes sind, daß der Rechtsmißbrauch also in Wahrheit eine Rechtsüberschreitung ist, aber die angeführten Ausdrücke sind allgemein üblich, und auf den ersten Blick scheint in derartigen Fällen tatsächlich nur ein Mißbrauch und nicht eine Ueberschreitung des subjektiven Rechtes vorzuliegen. Aus diesen Gründen rechtfertigt sich die vorläufige Beibehaltung der genannten Bezeichnungen.

II. Unter den gesetzlichen Bestimmungen, die die konkrete Ausübung eines Rechtes im Einzelfalle untersagen, ohne scheinbar dessen Inhalt zu beeinträchtigen, gibt es solche, die nur für ein einzelnes Recht gelten. Es sind dies die besonderen Schranken der Rechtsausübung oder die besonderen Rechtsmißbrauchsverbote; sie haben keine allgemeine Geltung für alle Rechte, sondern sollen nur dem Mißbrauch eines einzelnen Rechtes steuern. Ein Beispiel bietet die Vorschrift des § 1020 S. 1 BGB. Dort wird die Ausübung einer Grunddienstbarkeit insoweit für unzulässig erklärt, als sie dem Interesse des Eigentümers des belasteten Grundstückes in übermäßigem Umfange entgegenläuft, ohne daß diese Vorschrift auch entsprechende Geltung für sonstige subjektive Rechte besitzt. Weitere Fälle derartiger Verbote ergeben sich etwa aus den §§ 1354 II, 1357 II, 1358 II BGB; gemeinsam ist ihnen allen, daß sie in ihrer Wirkung auf ein bestimmtes einzelnes Recht beschränkt sind und keine allgemeine Bedeutung für alle subjektiven Rechte besitzen.

Diesen Einzelverboten stehen gegenüber diejenigen Vorschriften, die die Ausübung aller Rechte in gleicher Weise beschränken; die allgemeinen Schranken der Rechtsausübung oder die allgemeinen Rechtsmißbrauchsverbote. In erster Linie steht hier im Systeme des Gesetzes das sogenannte Schikaneverbot des § 226 BGB, das eine wegen der Ausschließlichkeit des Schädigungszweckes mißbilligte Rechtsausübung für unzulässig und damit für mißbräuchlich erklärt. Neben diese Vorschrift, die als einzige im BGB ausdrücklich eine bestimmtgeartete Ausübung eines jeden Rechtes verbietet, treten die Schranken der Rechtsausübung, die sich, wie noch zu zeigen sein wird, aus den §§ 242, 826 BGB ergeben. Es greifen also auch auf

dem Gebiete der Rechtsausübung diese „Generalklauseln“ [84]) ein, welche die Gefahr mit sich bringen, daß bei ihrer unrichtigen Anwendung Verweichlichung der Rechtsprechung, Unsicherheit und Willkür Platz greifen [85]). Andererseits aber sind sie „ein Stück offen gelassener Gesetzgebung“ [86]), indem sie dem Richter die Möglichkeit gewähren, außer der Anpassung seiner Entscheidung an die Lage des einzelnen Falles, auch neuen Rechtsgedanken zum Ausdrucke zu verhelfen und auf diese Weise die Dynamik der Entwicklung mit der Statik der gesetzten Norm zu verbinden. Die für die Rechtsausübung geltenden Generalklauseln ermöglichen es daher, die Grundzüge des neuen Rechtsdenkens, die für dieses Gebiet hauptsächlich in dem Satze „Gemeinnutz vor Eigennutz“ zum Ausdrucke gelangen, bei der Beurteilung der Frage, ob eine Rechtsausübung zulässig ist oder nicht, zu Grunde zu legen [87]).

III. Das geltende Recht kennt also neben Schranken, die für die Ausübung einzelner Rechte Geltung haben, auch solche, denen die Ausübung aller Rechte unterliegt. Ob dies auch im römischen Rechte der Fall war, ist sehr bestritten. Sicher ist, daß in den Quellen sich keine Stelle findet, aus der auf ein allgemeines Rechtsmißbrauchsverbot, entsprechend etwa dem § 226 BGB, geschlossen werden könnte. Nur einzelne Quellenstellen erklären für ganz bestimmte Rechte eine in Schädigungsabsicht vorgenommene Rechtsausübung für unzulässig, so etwa D 6, 1 1 38 („neque malitiis indulgendum est“); 39, 3 1 1 § 12 und 1 2 § 5, § 9; 50, 10, 1 3 pr. Daneben wird auch der Mißbrauch (abusus) eines einzelnen Rechtes verboten: D 7, 1 1 15 § 1; eod. 8 1 12 § 1 („non usque ad abusum“). Die Streitfrage ist nunmehr, ob diese einzelnen Stellen den Rückschluß auf ein allgemeines Rechtsmißbrauchsverbot im römischen Rechte zulassen. Ausgehend von dem Stillschweigen der Quellen über diesen Punkt, gelangt Blümner [88]) zu der Ansicht, daß es in diesem Rechtskreise weder ein allgemeines noch ein besonderes Rechtsmißbrauchsverbot gegeben habe. Nach die-

[84]) Vgl. Hedemann, Die Flucht in die Generalklauseln.
[85]) Hedemann a. a. O., S. 66; Stoll, Vertrag, S. 163.
[86]) Hedemann a. a. O., S. 58.
[87]) Bilfinger, S. 2551; Hubernagel, S. 970; Lange, JW 1933, S. 2859; Siebert, Rechtsmißbrauch, S. 198; Derselbe, Deutsches Recht 1934, S. 305; Stoll, Das bürgerliche Recht in der Zeiten Wende, S. 185.
[88]) S. 112; so auch Neumann, S. 18.

ser Auffassung hätte also der bekannte Satz „neminem laedit, qui iure suo utitur“ [89]) im römischen Rechte unbeschränkte Geltung gehabt; der Berechtigte hätte sein Recht ausüben können, ohne dabei auf irgendwelche Schranken zu stoßen.

Etwas abweichend von der Ansicht Blümners ist die von Oppenheimer [90]) und Sintenis [91]). Beide leugnen das Vorhandensein eines allgemeinen Rechtsmißbrauchsverbotes im römischen Rechte, anerkennen jedoch gewisse spezielle Verbote, wie sie in den angegebenen Quellenstellen in Erscheinung treten, also hauptsächlich Schranken für die Ausübung von Nachbarrechten; Sintenis a. a. O. beschränkt die Rechtsmißbrauchsverbote des römischen Rechtes auf die Rechte an Sachen.

Dem steht (zum mindesten für das gemeine Recht) Windscheid [92]) gegenüber, der sagt, daß zwar die Ausübung eines Rechtes nicht schon deshalb widerrechtlich sei, weil dadurch ein anderer Schaden erleide, daß es aber nicht erlaubt sei, ein Recht lediglich zu dem Zwecke auszuüben, um dadurch einen anderen zu schädigen. Diese Auffassung, die ein allgemeines Verbot schikanöser Rechtsausübung im gemeinen (und wohl auch im römischen) Rechte für gegeben ansieht, erscheint richtig. Ohne auf die nur historisch bedeutsamen Fragen der Interpretation näher einzugehen, hat doch die Ansicht viel Wahrscheinlichkeit für sich, daß die angeführten Stellen nicht nur Ausnahmeerscheinungen im Systeme des römischen Rechtes, sondern Ausfluß eines allgemeinen, den (speziell in der Form der Schikane erfolgenden) Rechtsmißbrauch verbietenden Prinzipes [93]) gewesen sind. Außerdem ist kein Grund ersichtlich, warum nur der Mißbrauch einzelner Rechte verboten, der der übrigen aber erlaubt gewesen sein soll.

Eine weitere Schranke der Rechtsausübung war im römischen Rechte die bona fides, die bei den bonae fidei negotia (z. B. Kauf, Tausch, Miete) [94]) zu beachten war. Die bona fides bedeutete Treue, Redlichkeit, Ehrlichkeit und Gewissenhaftigkeit im rechtlichen Verkehr [95]) und sie forderte einerseits Fest-

[89]) Eine Rechtsparömie, die entstanden ist aus der Zusammenziehung von D 50, 17 l 55, l 151, l 155; vgl. Hager, S. 18.
[90]) S. 55; so auch Siber, Röm. Privatrecht, S. 12.
[91]) S. 234.
[92]) S. 602; vgl. auch Sohm, S. 641.
[93]) Huber, S. 10.
[94]) Sohm, S. 375; Cyhlarz, S. 187.
[95]) Bruns, S. 79.

halten am Vereinbarten, andererseits aber auch eine solche Deutung desselben, daß es für den anderen Teil nicht zum Fallstrick wurde [96]).

Die Rechtsbücher des deutschen Mittelalters sprechen nirgends von einem allgemeinen Verbote mißbräuchlicher Rechtsausübung. Dagegen ist in einzelnen Stadtrechten der Neidbau, d. h. die lediglich zum Zwecke der Schädigung eines anderen erfolgende Errichtung eines Bauwerkes, verboten worden [97]). Ob dies, wie Huber a. a. O. meint, zu einem allgemeinen Verbote der Schikane geführt hat, oder ob das Verbot des Neidbaues nur der Ausdruck einer allgemeinen Rechtsüberzeugung für einen bestimmten Einzelfall war [98]), kann dahingestellt bleiben. Auf jeden Fall herrschte im deutschen Rechte nicht der Gedanke, daß der Inhaber eines Rechtes dieses nach freiem Belieben und ohne Rücksicht auf andere ausüben dürfe.

§ 5. Das Verbot der Schikane.

I. Das BGB erklärt nur an einer einzigen Stelle ganz allgemein die Ausübung eines jeden Rechtes ausdrücklich für unzulässig, und zwar in § 226, weshalb diese Bestimmung teilweise [99]) auch als das einzige im BGB vorkommende Rechtsmißbrauchsverbot aufgefaßt wurde. Die Norm des § 226 gilt — wie sich schon aus ihrer Stellung im Allgemeinen Teil ergibt — für das ganze BGB [100]), darüber hinaus aber auch für die Ausübung aller Rechte, die überhaupt unter die Vorschriften des bürgerlichen Rechtes fallen; sie ist also auch von Bedeutung für Sondergebiete, wie z. B. für das Warenzeichenrecht [101]).

Die Bezeichnung „Schikaneverbot", die für § 226 häufig gebraucht und wegen ihrer allgemeinen Verbreitung auch hier

[96]) Dernburg I, S. 283; Sohm, S. 378.
[97]) Vgl. Gierke II, S. 425; Hager, S. 26; Huber, S. 12; Neumann, S. 18; Hübner, S. 285.
[98]) Gierke, DPR. II, S. 425; vgl. auch Planitz, S. 12.
[99]) Ramdohr, S. 577; dagegen will Huber, S. 81, den § 226 völlig aus der Lehre vom Rechtsmißbrauche ausscheiden, da für ihn die Frage des Rechtsmißbrauches eine Frage der Interpretation des gesetzten Rechtes ist. Auch Rüdy, S, 70, 74, bezeichnet das Problem des Rechtsmißbrauchs als ein Problem der Auslegung des Gesetzes.
[100]) Für obligatorische Rechte Warneyer, § 226 III, für das Familienrecht RG JW 1907, S. 7.
[101]) Enneccerus-Nipperdey, S. 727; Hager, S. 37; Siebert, Verwirkung, S. 123; Warneyer, § 226 III; RGZ 66, S. 240.

beibehalten werden wird, ist an sich nicht ganz richtig. Schikane (von dem französischen Worte chicane) bedeutet wörtlich die einen anderen quälende Handlung, welche auf Grund einer dem Handelnden zustehenden Machtstellung erfolgt. Innerhalb des Gebietes des subjektiven Rechtes, das ja eine solche Machtstellung ist, bedeutet Schikane dann die Ausübung eines subjektiven Rechtes, die in der Absicht geschieht, einen anderen zu schädigen [102]). Eine Schikane in diesem Sinne fällt aber noch nicht unter das Verbot des § 226. Vielmehr ist nach dieser gesetzlichen Bestimmung die Ausübung eines Rechtes erst dann unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einen anderen zu schädigen; nur in diesem Falle liegt also eine Schikane im Sinne des § 226 vor.

II. Dadurch, daß das Gesetz den Ausdruck „Zweck" (nicht „Absicht") gebraucht, bringt es zum Ausdrucke, daß bei der Prüfung, ob die Ausübung eines Rechtes auf die Schädigung eines anderen Rechtsgenossen gerichtet ist, ein objektiver Maßstab zu walten hat. Es kommt also hierbei keineswegs auf die von dem Handelnden tatsächlich gehegten Absichten an, sondern lediglich darauf, welchen objektiven Zweck die Handlung als solche haben kann. Die Motive desjenigen, der sein Recht ausübt, spielen bei der Betrachtung unter dem Gesichtspunkte der Anwendbarkeit des § 226 nicht die ausschlaggebende Rolle, sondern die Handlung selbst und ihre objektiven Zwecke sind zu untersuchen [103]).

Als einziger und ausschließlicher Zweck darf, damit § 226 zum Zuge gelangen kann, nur der der Schädigung eines anderen in Betracht kommen. Jeder weitere Zweck muß bei objektiver Betrachtung der betreffenden Handlung, durch die ein subjektives Recht ausgeübt wird, als ausgeschlossen und unmöglich erscheinen [104]). Sobald die konkrete Handlung auch noch einen

---

[102]) Blümner, S. 134, 138.

[103]) Blümner, S. 151; Endemann, Lehrbuch, S. 422, Anm. 10; Heine, S. 15; Koch, S. 22; Lehmann, S. 100; Martin, S. 72; Nast, S. 49; Neumann, S. 24; Ramdohr, S. 821; Staudinger-Riezler, § 226, Anm. 4b; RGZ 68, S. 425; 98, S. 17; RG Warn. 1912, S. 10; RG JW 1936, S. 3309; OLG Braunschweig 17, S. 390; A. A. Hager, S. 92; Siebert, Verwirkung, S. 108.

[104]) Koch, S. 22; Martin, S. 72; Neumann, S. 24; Ramdohr, S. 828; Siebert a. a. O., S. 107; RGZ 69, S. 380; 98, S. 17; 125, S. 11; RG JW 1905, S. 388; 1936, S. 3309.

anderen Zweck haben kann als den, einen Rechtsgenossen zu schädigen, ist die Anwendbarkeit des Schikaneverbots des BGB nicht gegeben; dies selbst dann, wenn der weiterhin mögliche Zweck an Bedeutung hinter dem der Schädigung zurücktritt [105]), oder wenn dieser andere Zweck nur ein mittelbarer ist [106]), oder wenn er von dem Handelnden überhaupt nicht verfolgt wird. Dies ergibt sich aus dem klaren und eindeutigen Wortlaute des § 226. Jedoch erscheint die Ansicht berechtigt, daß ein neben dem Schädigungszwecke möglicher, jedoch gleichfalls verbotener Zweck der Rechtsausübung die Anwendbarkeit des Schikaneverbotes nicht hindert [107]). Denn es ist kein Grund ersichtlich, weshalb eine wegen ihres Schädigungszweckes an sich unerlaubte Handlung deshalb erlaubt sein solle, weil neben diesem Zwecke auch noch ein anderer, rechtlich aber ebenfalls mißbilligter Zweck möglich ist. Immerhin muß bei dieser ausdehnenden Auslegung des Schikaneverbotes sehr sorgfältig verfahren und dieses Abgehen vom klaren Gesetzeswortlaute auf diejenigen Fälle beschränkt werden, bei denen die Verfolgung dieses weiteren Zweckes ausdrücklich vom objektiven Rechte für verboten erklärt worden ist. Eine Begünstigung des Rechtsmißbrauches bringt diese Auffassung nicht mit sich, da unser geltendes Recht, wie unten noch näher dargelegt werden wird, genügend andere gesetzliche Handhaben bietet, um dem Mißbrauch der Rechte Einhalt zu gebieten.

III. Da bei § 226 nur auf den objektiven Zweck abgestellt wird, den eine Rechtsausübungshandlung haben kann, so ist zur Anwendung dieser gesetzlichen Bestimmung nicht notwendig, daß der mit der Handlung bezweckte Erfolg, nämlich die Schädigung eines anderen, tatsächlich auch eingetreten ist [108]). Jedoch ist erforderlich, daß eine Kausalität zwischen der schikanösen Handlung und dem Eintritte eines Schadens bestehen kann [109]), d h., die Handlung muß geeignet sein, einem anderen Schaden

[105]) A. A. Endemann a. a. O., S. 422, Anm. 10; Zahn, S. 848.

[106]) A. A. Nast, S. 50.

[107]) So Ennerccerus-Nipperdey, S. 727, Anm. 11; Hager, S. 77; Heine, S. 13; Ramdohr, S. 830.

[108]) Blümner, S. 135; Koch, S. 27; Siebert, Verwirkung, S. 107.

[109]) Koch, S. 26; Martin, S. 70, Anm. 6; A. A. Hager, S. 81. Hinsichtlich des Schadens genügt eine Verletzung ideeller Werte, vgl. RGZ 72, S. 254.

zuzufügen. Denn die Rechtsordnung hat keinen Anlaß, die Ausübung eines subjektiven Rechtes nur aus dem Grunde zu verbieten, weil der betreffenden Handlung ein Zweck zu Grunde liegt, dessen Erreichung ausgeschlossen ist. Handelt der Berechtigte aber bei der Ausübung seines Rechtes in der Absicht und in dem irrtümlichen Glauben, sein Verhalten könne einen anderen Rechtsgenossen schädigen, so fällt seine Handlung schon deshalb nicht unter das Schikaneverbot des BGB, weil nach dem oben Ausgeführten diese seine Absicht überhaupt unbeachtlich bleibt und für die Anwendbarkeit des § 226 lediglich die objektiven Zwecke der Handlung selbst, nicht aber die psychischen Beweggründe des Handelnden maßgebend sind.

IV. Zusammenfassend ist zu sagen, daß eine Schikane im Sinne des geltenden Rechtes und damit eine nach § 226 verbotene Rechtsausübung nur dann vorliegt, wenn bei rein objektiver Prüfung, ohne Berücksichtigung der Absichten des Berechtigten, die Handlung, durch die er sein Recht ausübt, überhaupt keinen rechtlich erlaubten Zweck hat, sondern nur den rechtlich mißbilligten, einem anderen Schaden zuzufügen. Diese Erfordernisse — und das Gesetz läßt keine andere Auslegung zu — werden aber nur sehr selten erfüllt sein, da beinahe für jede menschliche Handlung sich verschiedene Zwecke denken lassen [110]). Jedoch könnte, bei scharfer Prüfung des Einzelfalles, die Vorschrift des § 226 BGB von der Rechtsprechung doch wohl häufiger in Anwendung gebracht werden, als es heute noch der Fall ist. Bei der engen Fassung des Gesetzes ist der Bereich, in dem das Schikaneverbot des BGB Anwendung finden kann, aber auf jeden Fall sehr klein. Insbesondere ist zu betonen, daß, wenn der betreffenden Handlung ein eigennütziger Zweck zu Grunde liegt, diese Bestimmung nicht Platz greifen kann, da bei Vorliegen dieses Zweckes nicht mehr die Ausschließlichkeit des Schädigungszweckes gegeben ist [111]): der Grundsatz „Gemeinnutz vor Eigennutz" steht also völlig außerhalb der Bestimmung des § 226; das Gegebensein eines eigennützigen Zweckes, ja die bloße Möglichkeit eines solchen, verhindert es, daß § 226 zum Zuge gelangen kann.

[110]) Hager, S. 123; Siebert, Rechtsmißbrauch, S. 192; Zahn, S. 848. Zu weitgehend Schneidler, S. 603.

[111]) Endemann, Lehrbuch, S. 423, Anm. 11; Siebert, Verwirkung, S. 132; Derselbe, Deutsches Recht 1934, S. 304.

§ 6. Die guten Sitten als Schranken der Rechtsausübung.

I. Der Begriff der guten Sitten taucht an verschiedenen Stellen im Systeme des BGB auf. So wird in § 138 ein gegen sie verstoßendes Rechtsgeschäft für nichtig erklärt; § 817 begründet einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung hinsichtlich solcher Leistungen, durch deren Annahme der Empfänger die guten Sitten verletzt hat; wer wider die guten Sitten einem anderen vorsätzlich Schaden zugefügt hat, ist nach § 826 zum Ersatze desselben verpflichtet. Auch außerhalb des BGB wird von diesem Begriffe häufig Gebrauch gemacht, so in § 1 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb; die Anwendung ausländischer Gesetze innerhalb des Deutschen Reiches und die Anerkennung ausländischer Urteile und damit ihre Vollstreckbarkeit ist ausgeschlossen, wenn sie gegen die guten Sitten verstoßen (EGBGB Art. 30, ZPO §§ 328, 723). Aus all dem ergibt sich ohne weiteres, daß eine Verletzung der guten Sitten von der Rechtsordnung nicht gebilligt wird.

Jedoch fehlt dem geltenden Rechte eine ausdrückliche Bestimmung darüber, daß eine gegen die guten Sitten verstoßende Rechtsausübung schlechthin unzulässig ist. Anders ist dies etwa im Rechte der Schweiz, wo im Artikel 2 ZGB bestimmt ist, daß jedermann in der Ausübung seiner Rechte nach Treu und Glauben zu handeln habe, und der offenbare Rechtsmißbrauch keinen Rechtsschutz finde [112]). Trotzdem läßt sich auch aus den Bestimmungen des geltenden deutschen Rechtes der Grundsatz ableiten, daß die Ausübung eines jeden subjektiven Rechtes dann unzulässig und verboten ist, wenn sie gegen die guten Sitten verstößt. Dieser Satz ergibt sich insbesondere aus der Norm des § 826 BGB; jedoch ist im einzelnen, wie noch zu zeigen sein wird, manches bestritten.

II. Zunächst handelt es sich um die Frage, ob von § 826 auch Rechtsausübungshandlungen umfaßt werden, ob also der einen anderen vorsätzlich und sittenwidrig Schädigende auch dann nach dieser Vorschrift schadensersatzpflichtig ist, wenn seine Handlung, die den Schaden herbeigeführt hat, in Ausübung eines ihm zustehenden Rechtes vorgenommen worden ist. Es

[112]) Diese von unserem Rechte (allerdings nur im Wortlaute) abweichende Regelung des Schweizer Rechtes mag Hager (S. 10, Anm. 1) dazu geführt haben, das Vorhandensein eines allgemeinen Rechtsmißbrauchsverbotes im deutschen Rechte überhaupt zu leugnen.

haben sich hierüber drei verschiedene Ansichten entwickelt, von denen zwei zu demselben Ergebnis gelangen, jedoch in dessen Begründung auseinandergehen.

1.) Die erste Ansicht [113]), die heute von der herrschenden Lehre aufgegeben ist, besagt folgendes: Der § 826 spricht sich nicht darüber aus, ob von seiner Wirkung auch Handlungen umfaßt werden, die sich als Ausübung eines subjektiven Rechtes darstellen, oder nur solche, bei deren Vornahme der Handelnde sich nicht auf ein ihm zustehendes Recht stützt. Aus der ganzen Einstellung des BGB ergibt sich aber, daß man seine Rechte grundsätzlich nach freiem Belieben ausüben darf [114]). Nur in einem Falle ist eine Rechtsausübung unzulässig, dann nämlich, wenn die Voraussetzungen des § 226 erfüllt sind, wenn sie sich also als verbotene Schikane im Sinne des BGB darstellt. Ist dies aber der Fall, so ist die betreffende Handlung keine Rechtsausübung mehr, sie wird dieses Charakters entkleidet [115]) und damit zu einer ganz gewöhnlichen rechtswidrigen Handlung. Eine solche, aber auch nur eine solche, kann die Wirkungen des § 826 nach sich ziehen. Damit sind die Vertreter dieser Ansicht der Auffassung, daß eine in Ausübung eines Rechtes geschehene sittenwidrige Handlung, die nach dem Vorsatze des Handelnden einem anderen Schaden zufügt, nur dann zum Ersatze des entstandenen Schadens verpflichtet, wenn die Handlung ausschließlich den Zweck haben konnte, diesen Schaden herbeizuführen; die Anwendbarkeit des § 826 auf Rechtsausübungshandlungen ist nach dieser Ansicht also davon abhängig, daß die betreffenden Handlungen im Sinne des § 226 schikanös sind.

2.) Dieser Auffassung steht gegenüber die hauptsächlich von Oertmann [116]) vertretene, die besagt, daß von der Wirkung des § 826 auch solche Rechtsausübungshandlungen betroffen werden, die nur gegen die guten Sitten verstoßen, ohne sich als Schikane im Sinne des § 226 darzustellen. Begründet wird dies damit, daß zur Anwendbarkeit des § 826, der alle Handlungen

[113]) Vertreten von Blümner, S. 199; Fischer, Rechtswidrigkeit, S. 143; Hager, S. 123; Henle, S. 28; Koch, S. 48; Planck, 3. Auflage, § 826, 2 d; Ramdohr, S. 597.

[114]) Vielleicht spielt bei dieser Ansicht noch der oben (S. 27) genannte römisch-rechtliche Satz eine Rolle: neminem laedit, qui iure suo utitur.

[115]) Hager, S. 109.

[116]) DJZ 1903, S. 325; so auch Kipp, S. 12; Martin, S. 82; Oertmann, Kommentar, § 826, 1; Planck, 4. Auflage, § 226, Anm. 5; § 826 III, 3.

betrifft, mögen sie nun Ausfluß eines dem Handelnden zustehenden Rechtes sein oder nicht, nicht erforderlich sei, daß die betreffende Handlung sich als eine rechtswidrige darstelle. Rechtswidrig sei die Ausübung eines Rechtes dann, wenn sie unter § 226 falle; die Anwendbarkeit des § 826 werde aber nicht dadurch gehindert, daß die Handlung nicht rechtswidrig sei. Deshalb ziehe auch eine nach § 226 nicht unzulässige Rechtsausübung die Folgen des § 826 nach sich, wenn nur dessen Voraussetzungen erfüllt seien, d. h. wenn die betreffende Handlung gegen die guten Sitten verstoße.

3.) Beide genannten Ansichten erscheinen nicht richtig. Zwar ist der Ansicht Oertmanns und seiner Anhänger im Ergebnis Recht zu geben, ihre Begründung aber ist abzulehnen. Ueber die Rechtswidrigkeit einer gegen die guten Sitten verstoßenden Handlung ist des genaueren im nächsten Abschnitte zu handeln [117]), hier mag zunächst nur betont werden, daß Oertmann keinen überzeugenden Nachweis für die Richtigkeit seiner Behauptung führt, daß eine nach § 826 zum Schadensersatze verpflichtende Handlung nicht rechtswidrig sei [118]).

Was die Auffassung anbelangt, daß bei Rechtsausübungshandlungen § 826 nur bei Vorliegen einer Schikane Anwendung finden könne, also nur dann, wenn die Rechtsausübung nach § 226 unzulässig ist und damit ihren ursprünglichen Charakter als solche verloren habe, so ist demgegenüber auf die Entstehungsgeschichte [119]) zu verweisen. Aus ihr ergibt sich, daß nach dem Willen des Gesetzgebers von § 826 auch solche Handlungen umfaßt werden sollen, die in Ausübung eines Rechtes geschehen sind, und daß die unbestimmte Fassung dieser gesetzlichen Bestimmung nicht das Gegenteil beweist, sondern davon herrührt, daß eine im § 826 ursprünglich enthaltene Einschränkung zu Gunsten der Rechtsausübungshandlungen später fallen gelassen worden ist [120]).

Es sprechen aber auch noch andere Gründe für die Ansicht, daß § 826 auch solche Handlungen betrifft, die von dem Inhalte eines subjektiven Rechtes scheinbar gedeckt sind, und zwar ohne die

[117]) Unten III.
[118]) So auch Hager, S. 115.
[119]) Reichstagskommissionsbericht, S. 50 ff., 90, 120 f.; vgl. Protokolle II, S. 577.
[120]) Vgl. hierüber Siebert, Verwirkung, S. 94, und die dort Angeführten; besonders RGZ 58, S. 215.

durch die Heranziehung des § 226 gegebene Beschränkung. Es wurde schon oben ausgeführt, daß die Voraussetzungen der letzteren Vorschrift so strenge sind, daß ihre Anwendbarkeit in den allermeisten Fällen, in denen ein Recht ausgeübt wird, äußerst fraglich erscheint. Ohne daß eine Schikane vorliegt, kommt es aber doch sehr häufig vor, daß eine Rechtsausübungshandlung gegen die guten Sitten verstößt [121]). In diesen Fällen wäre es unbillig, den Ersatzanspruch des durch eine solche Handlung sittenwidrig Geschädigten mit einer Begründung auszuschließen, die weder durch die Entstehungsgeschichte noch durch die Fassung der in Frage stehenden Bestimmung gerechtfertigt wird. Tatsächlich wird teilweise auch von den Anhängern der Lehre, die den § 826 von § 226 abhängig sein läßt, das praktische Ergebnis ihrer Ansicht bedauert [122]), ohne daß diese deshalb aufgegeben wird.

Das Ergebnis ist also, daß nach geltendem Rechte allein die Tatsache, daß ein Recht ohne Schikane im Sinne des § 226 ausgeübt wurde, den Handelnden nicht befreit von den Ersatzansprüchen dessen, der durch die betreffende Handlung geschädigt worden ist [123]). Vielmehr macht sich derjenige nach § 826 schlechthin schadensersatzpflichtig, der bei Ausübung eines ihm zustehenden subjektiven Rechtes einen anderen vorsätzlich und sittenwidrig schädigt. Ob sein Verhalten zudem noch unter § 226 fällt, ist in dieser Hinsicht völlig unerheblich. Dies ist die jetzt durchaus herrschende Ansicht in Wissenschaft und Praxis [124]).

Allerdings muß bei einer Anwendung des § 826 auf Handlungen, die in Ausübung eines Rechtes geschehen, vorsichtig zu Werke gegangen werden. Nicht jede Rechtsausübung, die

[121]) Dies wird von Müllereisert ZBH, S. 98, mit der Begründung bestritten, daß es kein Recht geben könne, dessen Ausübung sittenwidrig sei. Dies ist im Ergebnis dann richtig, wenn man (wie es unten § 8 I geschieht) die Schranken der Rechtsausübung als Schranken der Rechte selbst ansieht. Ueber diesen Punkt spricht sich Müllereisert jedoch nicht näher aus.

[122]) Hager, S. 123.

[123]) RGZ 52, S. 376 f.

[124]) Vgl. Endemann, Lehrbuch, S. 1265; Enneccerus-Lehmann, S. 781 Anm. 2; Heck, S. 452; Heine, S. 39; Lehmann, S. 101; Nast, S. 29, 62; Neumann, S. 9, 31; RGRK, § 826, Anm. 1; Siber, S. 27; Staudinger-Engelmann, § 826, Anm. 3 c; Soergel, § 226, Anm. 2; Thur, S. 61; Thur, S. 570; RGZ 48, S. 124; 51, S. 383; 55, S. 372; 58, S. 215; 81, S. 399; 86, S. 194; 101, S. 235; 138, S. 375.

einen anderen schädigt, verstößt schon aus dem Grunde, weil ein Schaden eingetreten ist, gegen die guten Sitten. Denn das Recht ist Macht, durch deren Innehabung das Rechtssubjekt über die übrigen Rechtsgenossen hinausragt. Es liegt daher schon im Wesen der Rechtsausübung als solcher, als der Betätigung besonderer Macht, daß durch sie häufig die übrigen Nichtberechtigten beeinträchtigt werden, weil sie eben innerhalb des von dem betreffenden subjektiven Rechte umfaßten Gebietes hinter dem Träger des Rechtes zurückstehen. Daher muß bei der Frage, ob eine Rechtsausübung sittenwidrig ist, stets sehr sorgfältig verfahren werden und diese Frage darf nicht schon allein deshalb bejaht werden, weil ein Dritter zu Schaden gekommen ist. Vielmehr müssen, wie insbesondere die Rechtsprechung des Reichsgerichtes hervorgehoben hat [125]), immer ganz besondere Umstände vorliegen, um die Ausübung eines subjektiven Rechtes als sittenwidrig erscheinen zu lassen. Dies ist etwa dann der Fall, wenn die einzelne Handlung, durch die ein Recht ausgeübt wird, sich als ein Glied in einer Reihe von Handlungen darstellt, die auf Schädigung eines Rechtsgenossen gerichtet sind, oder wenn das Recht selbst schon zum Zwecke einer solchen Schädigung erworben worden ist [126]).

III. In dem bisher Ausgeführten war nur davon die Rede, daß eine sittenwidrige Handlung auch dann eine Schadensersatzpflicht nach sich zieht, wenn sie Ausfluß eines dem Handelnden zustehenden Rechtes gewesen ist. Damit ist aber noch nicht nachgewiesen, daß § 826 auch das Verbot enthält, sein Recht entgegen den guten Sitten auszuüben. Denn die Verpflichtung zum Schadensersatz zeigt zwar, daß die Rechtsordnung den durch Ausübung eines subjektiven Rechtes herbeigeführten Schaden eines Dritten nicht als dauernden Zustand aufrecht erhalten will, sondern auf Beseitigung desselben durch Aufstellung einer Schadensersatzpflicht für den Schädiger dringt; dies allein ist aber noch kein Beweis dafür, daß das objektive Recht die Herbeiführung dieses Schadens mißbilligt und sie für unzulässig erklärt. Denn auch im Falle der aggressiven Notstandshandlung im Sinne des § 904 BGB muß der entstandene Schaden ersetzt werden; trotzdem ist diese Handlung durch Aufhebung der sich für den Eigentümer aus § 903 BGB

[125]) RGZ 58, S. 217; 138, S. 375; RG JW 1930, S. 833.
[126]) RGZ 98, S. 73.

ergebenden Befugnisse für zulässig und rechtmäßig erklärt worden [127]). Immerhin aber stellt der erwähnte § 904 eine Ausnahme im System des BGB dar, innerhalb dessen ein Schadensersatz grundsätzlich nur dann geleistet werden muß, wenn der ihn herbeiführende Umstand der Rechtsordnung zuwiderlief, also rechtswidrig und der Schaden normalerweise auch verschuldet war. Wie von dem Erfordernis der Rechtswidrigkeit, gibt es im Schadensersatzrecht aber auch Ausnahmen von dem Erfordernis des Verschuldens (z. B. Gefährdungshaftung § 833 BGB).

Von der Entstehung eines Schadens, der Verpflichtung zu seinem Ersatze, wie von dem für die Entstehung dieser Verpflichtung erforderlichen Vorsatze der Schädigung muß aber im Folgenden zunächst abgesehen werden, und die sich aus § 826 BGB ergebende Schadensersatzpflicht kann nur als einer der Gründe, nicht aber als der Hauptgrund für die Ansicht aufgefaßt werden, daß man aus dieser gesetzlichen Bestimmung ein Verbot und damit eine Rechtswidrigkeitserklärung für sittenwidrige Rechtsausübungshandlungen herauslesen könne. Denn das Verbot einer wegen ihrer Sittenwidrigkeit mißbräuchlichen Rechtsausübung hat mit einem schon entstandenen Schaden nichts zu tun, da es, wie jedes Verbot, vorbeugenden, nicht ausgleichenden, Charakter hat. Es muß sich also aus der Stellung des Begriffes der guten Sitten im geltenden Rechte allein schon ergeben, daß ein Verstoß wider sie auch ein Verstoß wider das objektive Recht, d. h. daß eine derartige Handlung rechtswidrig ist.

Oertmann hat dies aus dem Grunde abgelehnt, weil es nicht angehe, den Verstoß gegen die guten Sitten als rechtswidrig aufzufassen, da sonst „die Sittenordnung selbst sozusagen zum Bestandteil der Rechtsordnung erhoben" werde [128]). Hiergegen ist zunächst vor allem vorzubringen, daß es heute nicht mehr, wie früher, unbedingt notwendig erscheint, objektives Recht und sittliche Wertungen zu trennen, daß vielmehr die Tendenz sowohl in der Lehre, wie in der Praxis, wie in der neueren

[127]) Auch der § 717 II ZPO kann hier herangezogen werden; allerdings mit dem Bemerken, daß in diesem Falle die betreffende Vollstreckungshandlung nur prozessual, weil sie den §§ 704, 724, 750 ZPO entsprach, nicht aber auch materiellrechtlich gerechtfertigt war.

[128]) DJZ 1903, S. 327; so auch Heine, S. 36; Kipp, S. 12.

Gesetzgebung richtigerweise dahin geht, das Recht mit den Forderungen der Sittlichkeit immer mehr in Einklang zu bringen, es dem gesunden Volksempfinden anzupassen[129]), das ebenfalls ethisch bestimmt ist. Allerdings sind Recht und Sittlichkeit begrifflich getrennt, da das Recht das äußerliche Verhalten der Menschen regelt, die Sittlichkeit sich dagegen ausschließlich mit dem Innenleben der Menschen befaßt, aber das objektive Recht ist eine „Ordnung zur Ermöglichung eines Grundbestandes von Sittlichkeit (und Sicherheit) in den Beziehungen der Menschen“ [130]). Deshalb ist das objektive Recht stets auf die Sittlichkeit gegründet; Recht und Sittlichkeit können niemals vollständig zusammenfallen, weil eben ihre Objekte verschiedene sind, aber das erstere ist von der letzteren beeinflußt und die Fortbildung des Rechtes ist seine nähere Anpassung an die Forderungen der Sittlichkeit, seine sittliche Differenzierung.

Das BGB zieht an einigen Stellen Gebote der Sittlichkeit ausdrücklich heran, jedoch lediglich soweit es sich um Leistungen handelt, die in Erfüllung einer sittlichen Pflicht geschehen sind oder geschehen sollen; so in §§ 534, 814, 1641, 1804, 2113 II, 2205, 2330 [131]). Derartige Leistungen, insbesondere Schenkungen, genießen gewisse Rechtsvorteile; sie können nach ihrer Erbringung etwa nicht zurückverlangt werden und zu ihrer Vornahme ist auch der Verwalter fremden Vermögens befugt. Im übrigen nimmt das Gesetz die sittliche Pflicht nicht in seine Zwangsordnung auf, wenngleich ihre Verletzung gemäß §§ 1611 II, 2333 Z. 5 BGB auch Rechtsnachteile nach sich ziehen kann. Diese letzteren Vorschriften haben aber ausschließlich für das Familienrecht und das durch verwandtschaftliche Beziehungen bedingte Recht auf den Pflichtteil Bedeutung, beweisen also nichts gegen die Tatsache, daß das geltende Recht wenigstens grundsätzlich die Sittlichkeit nicht zum Gegenstande seiner Rechts- und Pflichtenordnung und die Erfüllung sittlicher Pflichten als solche nicht zur Rechtspflicht macht.

---

[129]) So z. B. in StGB § 2 neuer Fassung und im § 330 c StGB; im Gesetze zur Verhütung mißbräuchlicher Ausnutzung von Vollstreckungsmöglichkeiten vom 13. Dezember 1934.

[130]) Petraschek, S. 82.

[131]) Die Fälle, wo der Ausdruck „Sittlichkeit“ als solcher gebraucht wird (§§ 847 II, 618 II), scheiden hier aus, da dieser Ausdruck sich dort lediglich auf das geschlechtliche Gebiet bezieht, das Wort „Sittlichkeit“ also dieselbe Bedeutung hat wie im 13. Abschnitt des 2. Teiles des StGB.

Dagegen spielt der eine Uebersetzung des lateinischen Ausdruckes boni mores [132]) darstellende Begriff der guten Sitten [133]) im BGB eine erhebliche Rolle, auf die schon eingangs hingewiesen worden ist. Es zeigt sich bei der Betrachtung der einschlägigen Bestimmungen, daß das Gesetz den Verstoß gegen die guten Sitten mißbilligt. Grundsätzlich ist jedes Rechtsgeschäft gültig, bei dem nicht ein Mangel in der Form, der Geschäftsfähigkeit, im Willen oder in der Verfügungsbefugnis vorliegt; nur in zwei Fällen ist dies nicht der Fall: beim Verstoße gegen ein Gesetz (§ 134 BGB) [134]) und beim Verstoße gegen die guten Sitten (§ 138). Die Verletzung letzterer hat hier also die gleiche Folge wie ein Handeln wider die gesetzte Norm. Auch in § 817 sind die rechtlichen Folgen eines Sittenverstoßes dieselben, wie die einer Zuwiderhandlung gegen ein Gesetz; das Gleiche ist bei § 819 II der Fall. Zieht man dann noch die Bestimmung des § 826 selbst heran, die ebenso wie für das ausgesprochen rechtswidrige Handeln auch für das sittenwidrige Handeln eine Ersatzpflicht aufstellt, so ergibt sich aus allen diesen Vorschriften, daß das geltende Recht den Verstoß gegen die guten Sitten dem gegen das Gesetz gleichstellt, ihn mit denselben Rechtsnachteilen belegt, ihn also ebenso wie diesen mißbilligt. Aus dieser Mißbilligung folgt aber, daß ein Handeln, das den guten Sitten zuwiderläuft, von der Rechtsordnung nicht für zulässig erachtet wird, daß es ihren Intentionen widerspricht [135]). Handelt also jemand gegen die guten Sitten, so handelt er gegen den in den angeführten Bestimmungen zum Ausdrucke gelangten Willen des Gesetzes, er handelt somit gegen das Gesetz, macht sich also einer Rechtswidrigkeit schuldig, in dem Sinne, daß er gegen das objektive Recht verstößt [136]). Es ist daher, da unter § 826 auch solche Handlungen

[132]) Hagen, S. 497.

[133]) Ueber den Unterschied von guten Sitten und Sittlichkeit siehe unten IV.

[134]) Die §§ 135, 136 BGB bleiben hier außer Betracht, da sie nur eine besondere Art der Rechtsgeschäfte, nämlich die Verfügung, betreffen, also keine allgemeine Bedeutung haben.

[135]) Neumann, S. 11.

[136]) So auch Enneccerus-Lehmann, S. 783; Fischer, Rechtswidrigkeit, S. 140; Hager, S. 120; Neumann, S. 11 ff.; RGRK, § 826 1; RGZ 58, S. 214; 101, S. 325; 138, S. 375; A. A. Heine, S. 36; Kipp, S. 12; Martin, S. 82; Oertmann, DJZ, S. 327. — Siebert, Verwirkung, S. 136, bestreitet, daß der Verstoß gegen § 826 eine Rechtswidrigkeit begründe; trotzdem sei eine sittenwidrige Rechtsausübung nicht zulässig. Dies ist ein Widerspruch, auf den bei der Behandlung der rechtlichen Natur des Rechtsmißbrauches (unten § 8 II) genauer einzugehen sein wird.

fallen, die in Ausübung eines subjektiven Rechtes geschehen, eine derartige Handlung dann unzulässig und rechtswidrig, wenn sie gegen die guten Sitten verstößt; damit stellen die guten Sitten eine Schranke für die Ausübung aller Rechte dar.

IV. Was nun den aus § 826 BGB sich ergebenden Maßstab für die Zulässigkeit einer Rechtsausübung selbst betrifft, so ist zu dem Begriffe der guten Sitten Folgendes zu sagen:

Die Sitte als solche ist nicht identisch mit der Sittlichkeit. Sitte ist regelmäßige Art des Handelns [137]) und daher sowohl ihrem Ursprunge als ihren Zwecken nach von der Sittlichkeit verschieden. Die Sitte hat ihren Grund in Anstandsregeln, die in der Außenwelt hervorgetreten sind, der Ursprung der Sittlichkeit sind die Gebote des Gewissens [138]). Dieser Unterschied zwischen Aeußerem und Innerem besteht aber nicht nur bei der Grundlage der beiden Ordnungen, sondern auch bei ihren Objekten. Schon nach dem Sprachgebrauche decken sich die Begriffe Sitte und Sittlichkeit nicht; wer einen Mord plant, verletzt nicht die Sitte, denn diese befaßt sich mit dem bloßen Gedanken nicht, so wenig wie das Recht („Gedanken sind zollfrei"); dagegen verstößt schon der Gedanke allein, einen Menschen zu ermorden, gegen die Norm der Sittlichkeit, die besagt „Du sollst nicht töten". Für die Sittlichkeit ist die Handlung als solche, also der Vorgang in der Außenwelt, selbst unbeachtlich; das Töten eines Menschen ist an sich sittlich ebenso indifferent, wie jede sonstige menschliche Handlung; die seelische Haltung des Handelnden allein ist das Objekt sittlicher Wertung; sie kann die an sich indifferente Handlung sittlich erlaubt (so das Töten im Kriege) oder sittlich verwerflich machen (Mord). Dagegen stellt die Sitte allein auf das äußere Verhalten ab, darauf, wie der Mensch sich in einer Dritten wahrnehmbaren Weise beträgt, während sein Innenleben von der Sitte nicht berührt wird. Daher kann eine Handlung ebensogut gegen Sitte und Ueblichkeit verstoßen, obwohl sie moralisch nicht anstößig ist, wie auch der umgekehrte Fall möglich sein kann. So ist, wie Ihering [139]) betont hat, der Unterschied zwischen Sitte und Sittlichkeit wie der zwischen Aeußerem

[137]) Herzog, S. 106.
[138]) Insofern ist die Sitte, wie das Recht, fremdbestimmt, die Sittlichkeit eigenbestimmt.
[139]) S. 30.

und Innerem, zwischen Form und Inhalt des Handelns; Objekt der Sitte ist etwas Aeußerliches, das Verhalten, Objekt der Sittlichkeit etwas Innerliches, die Gesinnung [140]). — Sitte ist ein Inbegriff ungeschriebener, allein durch die Kraft gesellschaftlichen Lebens zwingender Normen für die Regelung des Zusammenlebens der Menschen untereinander; sie betrifft etwas Aeußerliches; es handelt sich im Wesentlichen um Anstandsregeln, die örtlich, zeitlich und persönlich verschieden sein können [141]), da ihre Quelle die jeweiligen Erscheinungen der Außenwelt sind, nicht das aus der Rasse und der Seele eines Volkes erwachsene und deshalb innerhalb dieses Volkes normalerweise gleichgeartete menschliche Gewissen.

Den Maßstab für die Beantwortung der Frage, ob eine Sitte gut oder schlecht, also eine Unsitte ist, bildet der Umstand, daß sie gesellschaftlich nützlich ist [142]), daß sie das Schädliche verhindert, also im Hinblick auf das Sittliche prophylaktische Bedeutung hat [143]). Aus dieser Mittel- und Zweckbeziehung von guter Sitte und Sittlichkeit ergibt sich aber, daß gute Sitten im allgemeinen, und insbesondere die guten Sitten im Sinne des BGB, nicht ausschließlich Anstandsregeln sind, in dem Sinne, daß sie schon dann verletzt wären, wenn gegen gewisse Gebote der gesellschaftlichen Höflichkeit verstoßen worden ist. Wer etwa ein Buch geschenkt bekommen hat, kann als Eigentümer frei über dieses Geschenk verfügen; veräußert er das Buch, so handelt er zwar gegenüber dem Schenker unhöflich, aber er verstößt doch nicht bei Ausübung seines Eigentumsrechtes gegen die guten Sitten; auch ein etwa über das geschenkte Buch abgeschossener Kaufvertrag wäre nicht gemäß § 138 BGB nichtig, denn das Recht hat keinen Anlaß, aus der Verletzung bloßer Konventialregeln Rechtsnachteile folgen zu lassen [144]). Es haben vielmehr auch die guten Sitten trotz ihrer (im Begriffe der Sitte liegenden) begrifflichen Trennung von der Sittlichkeit einen ethischen Hintergrund [145]); ihre Quelle ist nicht nur das Konventionelle, sondern auch das Ethische, das jenes, sofern es gut ist, geschaffen hat; die guten Sitten sind

[140]) Neumann, S. 4; Orzechowski, S. 19, 21.
[141]) Ihering, S. 265.
[142]) Ihering, S. 252.
[143]) Ihering, S. 264.
[144]) Fischer, Rechtswidrigkeit, S. 75.
[145]) Fischer a. a. O.; Lange, Handbuch, S. 934.

der äußerlichste Ausdruck der in einem Volke lebenden Sittlichkeit; Regeln, die es sich geformt hat, um das äußere Verhalten der Menschen der das Innere beherrschenden Sittlichkeit anzupassen; sie sind die „Sicherheitspolizei des Sittlichen“[146]), und daher von der Moral ebenso beeinflußt, wie jede menschliche Handlung von der Psyche des Handelnden.

Da die guten Sitten von der Rechtsordnung in ihr System aufgenommen worden sind, sind sie zum Rechtsbegriffe geworden[147]); und wegen seiner auch ethischen Grundlage kann man den rechtlichen Begriff der guten Sitten als eine dem Wesen des Rechtes adaptierte Moral bezeichnen[148]), die sich aus der tatsächlich geübten, d. h. im äußerlich wahrnehmbaren Verhalten der Menschen angewandten Moral ergibt[149]). Durch den Gebrauch des Begriffes der guten Sitten ermöglicht das positive Recht, daß bei seiner praktischen Anwendung die Idee des richtigen Rechtes (im Sinne Stammlers), d. h. der Gedanke des sozialen Ideals[150]), zum Zuge kommt[151]).

Dem eben erläuterten Begriffe der guten Sitten entspricht auch die Rechtssprechung des Reichsgerichtes. In der leitenden Entscheidung aus dem Jahre 1901 (RGZ 48 S. 124) definiert es die guten Sitten als das „Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“[152]). Durch den Gebrauch des Wortes „Anstand“ zeigt es, daß es sich bei den guten Sitten um Regeln des äußeren, nicht des psychischen Verhaltens handelt, während die Verwendung des Ausdruckes „billig und gerecht“ den Einfluß ethischer Wertungen auf den Begriff anzeigt und ihn dadurch aus dem Bereiche des nur Konventionellen heraushebt.

Zusammenfassend ist zu sagen, daß die guten Sitten die Gesamtheit der Regeln des Handelns ist, die sich für die Glieder des Volkes ergeben aus dem bei ihm herrschenden Gebrauche, der seinerseits sich letzten Endes stützt auf das sittliche Be-

[146]) Ihering, S. 265.
[147]) Fischer a. a. O., S. 77, 140; Hager, S. 120; Orzechowski, S. 42; Siebert, Verwirkung, S. 90; A. A. Hamburger, S. 17.
[148]) Fischer a. a. O., S. 77; Orzechowski, S. 41.
[149]) Fischer, Rechtswidrigkeit, S. 77 ff.; Herzog, S. 105.
[150]) Stammler, S. 198.
[151]) Stammler, S. 46 ff.; Hein, S. 10.
[152]) An diese Begriffsbestimmung anknüpfend, erläutert Hagen, S. 511 ff., die Arten der Anstandsverletzungen als Eingriffe in eine fremde Persönlichkeit und als Herabwürdigung der eigenen Persönlichkeit.

wußtsein einer nach Abstammung und Geschichte zusammengehörenden Gruppe von Menschen.

V. Der Begriff der guten Sitten ist ein sehr weiter. Er umfaßt nach dem eben Gesagten alle die Regeln, die sich aus den Normen der Sittlichkeit für das äußere Verhalten der Menschen ergeben. Aus diesem Grunde stellt die Schranke der guten Sitten das allgemeinste Rechtsmißbrauchsverbot des geltenden Rechtes dar: jede Rechtsausübung, die gegen das Anstandsgefühl der billig und gerecht Denkenden verstößt, ist unzulässig. Was nun das Verhältnis der beiden bisher behandelten Rechtsmißbrauchsverbote, des § 826 und des § 226, betrifft, so ist zu sagen, daß eine Rechtsausübung, die bei objektiver Betrachtung lediglich den Zweck haben kann, einen anderen zu schädigen, auch gegen die guten Sitten verstößt; denn eine derartige Handlungsweise kann von dem (von sittlichen Wertungen beeinflußten) Anstandsgefühle nicht gebilligt werden. Daher ist jede Schikane im Sinne des § 226 ein Verstoß gegen die guten Sitten [153]), § 226 ist also nur ein Unterfall der aus § 826 sich ergebenden allgemeinen Rechtsausübungsschranke [154]).

Der Begriff der guten Sitten ist aber nicht nur weit, sondern auch wandlungsfähig und daher, wie alle Generalklauseln, dafür geeignet, neuen Rechtsgedanken Raum zu schaffen. Denn was gute Sitten sind, ergibt sich aus der herrschenden Anschauung des Volkes [155]). Diese jedoch ändert sich mit der Entwicklung ihrer weltanschaulichen, politischen und wirtschaftlichen Grundlagen. Da heute die nationalsozialistische Weltanschauung die beim deutschen Volke herrschende ist, durchdringen ihre Wertungen alle Rechtsgebiete und erfüllen die vom positiven Rechte gegebenen Regeln und Vorschriften mit neuem Inhalte, bis das gesetzte Recht der herrschenden Weltanschauung auch äußerlich völlig gleichartig gestaltet worden ist. So hat auch der Begriff der guten Sitten sich geändert, und insbesondere hat der nationalsozialistische Gemeinschaftsgedanke, der in dem Satze des Artikels 24 des Parteiprogrammes „Gemeinnutz vor Eigennutz" zum Ausdrucke gelangt ist, nicht mehr nur programmatische Bedeutung, sondern ist als

---

153) Lehmann, S. 100; A. A. Martin, S. 82.
154) Heine, S. 20; Neumann, S. 35; RGRK, § 226, Anm. 1; Siber, S. 27; Siebert, Verwirkung, S. 127, 130; vgl. auch RG JW 1935, S. 1776.
155) Neumann, S. 6.

Forderung der guten Sitten aktuelles, geltendes Recht geworden [156]). Das Wohl des Einzelnen hat also, wie das Reichsgericht [157]) schon im Jahre 1925 anläßlich einer Entscheidung auf dem Gebiete der Aufwertung hervorgehoben hat, hinter dem Allgemeinwohl zurückzustehen; wer dagegen handelt, wer also aus eigennützigen Beweggründen sich so verhält, daß er das Volksganze schädigt, verstößt gegen die guten Sitten [158]).

Jedoch darf die Anwendung dieses maßgebenden Gesichtspunktes nicht zu Mißbräuchen führen und es muß stets sorgfältig geprüft werden, ob die tatsächlichen Voraussetzungen für die Anwendung dieses Grundsatzes auch wirklich gegeben sind. Wer durch die Ausübung eines subjektiven Rechtes beeinträchtigt wird, kann der betreffenden Handlung nicht ohne weiteres entgegenhalten, daß der Handelnde sein eigenes Wohl dem der Gesamtheit voranstelle und dadurch gegen die guten Sitten verstoße. Es ist zwar möglich, daß durch die Verletzung der Lebensgüter eines Einzelnen zugleich auch das Wohl der Gesamtheit gefährdet wird, aber derartige Fälle werden im täglichen Leben die Ausnahme bilden. Denn der Schaden, den ein Einzelner erleidet, ist nicht ohne weiteres auch ein Schaden für das Ganze, und das Wohl des Volkes fällt nicht immer mit dem Wohle eines seiner Glieder zusammen. Deshalb kann die Forderung „Gemeinnutz vor Eigennutz" nur dann innerhalb des Gebietes der guten Sitten zur Anwendung gelangen, wenn tatsächlich das Wohl des Ganzen, nicht nur das Wohl eines Einzelnen, durch Vornahme einer eigennützigen Handlung betroffen wird [159]).

VI. Es ist nun noch auf die Frage einzugehen, ob ein Irrtum des Handelnden im Stande ist, seinem Verhalten den Charakter des Sittenwidrigen zu nehmen. Zunächst muß betont werden, daß diese Frage nicht mit der zu verwechseln ist, welche Tat-

[156]) Hubernagel, S. 973; Siebert, Verwirkung, S. 113; Derselbe, Deutsches Recht 1934, S. 305; Stoll, Das bürgerliche Recht, S. 185; Derselbe, DJZ 1933 S. 1231.

[157]) RGZ 111, S. 327.

[158]) Bilfinger, S. 2551; vgl. auch Larenz, Vertrag und Unrecht, S. 81; Stoll, Vertrag und Unrecht, S. 66.

[159]) Beispiel: Ein Lieferant unterläßt aus eigennützigen Beweggründen die Belieferung eines einzelnen Privatmannes und einer zentralen Lebensmittelverteilungsstelle. In beiden Fällen verstößt sein Verhalten gegen die guten Sitten, aber nur im zweiten Falle wird der gemeine Nutzen betroffen.

bestandsmerkmale des § 826 der Vorsatz des Täters umfaßt haben muß, um ihn nach dieser gesetzlichen Bestimmung ersatzpflichtig erscheinen zu lassen. Denn es handelt sich hier um die Unzulässigkeit der Rechtsausübung, nicht um die Schadensersatzpflicht; nicht um Fragen der Schuld, sondern um solche der Rechtswidrigkeit.

Was die guten Sitten fordern, bestimmt sich nicht nach den Anschauungen des Handelnden, sondern nach denen der Allgemeinheit, nach dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht denkenden Volksgenossen [160]). Der Begriff ergibt sich also nicht aus den subjektiven Wertungen des Einzelnen, sondern aus den Wertungen der Gesamtheit; er ist somit nicht subjektiv, sondern objektiv. Wenn auch die Anschauung der Gesamtheit sich letzten Endes auf Anschauungen einzelner gründet, insofern also ebenfalls eine subjektive Grundlage hat, so gewährleistet doch das Erfordernis der Allgemeingültigkeit ein Heraustreten des Begriffes aus der Einstellung des Einzelnen und damit eine dieser gegenüber objektive Wertung.

Weil also die guten Sitten ein objektiver, von den Ansichten des Einzelnen unabhängiger Begriff sind, ist ihre Verletzung auch dann gegeben, wenn der Handelnde nicht weiß, daß er mit seinem Verhalten gegen sie verstößt. Zur Sittenwidrigkeit einer Handlung genügt eine objektive Verletzung des Anstandsgefühles aller billig und gerecht Denkenden, also ein objektiver Verstoß [161]); ein Irrtum über das, was die guten Sitten zulassen und erfordern, ist daher wenigstens grundsätzlich unbeachtlich. Eine Handlung ist also sowohl dann sittenwidrig, wenn der Handelnde diesen ihren Charakter kennt, als wenn er die Sittenwidrigkeit seines Tuns nicht kennt, mag diese Unkenntnis auf grober Fahrlässigkeit [162]) beruhen oder nicht.

Trotzdem aber darf bei der Prüfung einer Handlung auf ihre Sittenwidrigkeit die psychische Einstellung des Handelnden nicht völlig außer Acht bleiben. Denn es ist möglich, daß dieser sein Handeln infolge von Unkenntnis maßgeblicher Tatsachen für erlaubt und zulässig gehalten hat. Unter diesen Umstän-

[160]) RG JW 1925, S. 1875.
[161]) Enneccerus-Lehmann, S. 782; Siebert, Verwirkung, S. 116; Staudinger-Engelmann, § 826, 3 b; RGRK, § 826, Anm. 1; RGZ 79, S. 23 und 417; 123, S. 278; RG JW 1925, S. 1875; 1936, S. 718.
[162]) RGZ. 72, S. 175; RG JW 1932, S. 937; 1935, S. 2428.

den wird das Anstandsgefühl der Gesamtheit dem Handelnden keinen Vorwurf aus seinem Verhalten machen und die guten Sitten werden nicht verletzt sein, wenn der Betreffende ohne sein Verschulden die Gründe für die Unerlaubtheit seines Tuns nicht gekannt hat [163]). Bei der Prüfung der inneren Seite des Handelnden ist jedoch ein strenger Maßstab anzulegen. Beruht die Unkenntnis der Gründe für die Sittenwidrigkeit der Handlung auf einer Einstellung, die selbst sittenwidrig und mißbilligenswert ist, so besteht keinerlei Anlaß, aus diesem Grunde die konkrete Handlung für zulässig zu erachten. Denn hier ergibt sich das Merkmal der Sittenwidrigkeit schon aus der Grundlage der Handlung [164]), der psychischen Struktur des Betreffenden, die Unkenntnis der Sittenwidrigkeit der einzelnen Handlung ist selbst schon sittenwidrig. Dies wird insbesondere dann der Fall sein, wenn die Handlung das Gemeinwohl verletzt [165]), denn auf dieses ist stets Rücksicht zu nehmen, weil es unbedingt den Vorrang vor den Interessen des Einzelnen hat. Ergebnis der bisherigen Ausführungen ist:

1.) Die Verpflichtung zum Ersatze eines vorsätzlich und sittenwidrig zugefügten Schadens wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß die Schaden stiftende Handlung in Ausübung eines subjektiven Rechtes des Handelnden geschehen ist.

2.) Der Verstoß gegen die guten Sitten, die mit der Sittlichkeit zwar nicht identisch, aber von dieser maßgebend beeinflußt sind, wird vom geltenden Rechte hinsichtlich der Rechtsfolgen einem Verstoß gegen das Gesetz gleichgestellt und wie dieser mißbilligt. Eine sittenwidrige Handlung ist daher rechtswidrig und unzulässig.

3.) Da dies auch für solche Handlungen gilt, die Ausfluß eines subjektiven Rechtes sind, ist eine Rechtsausübung dann unzulässig, wenn sie gegen die guten Sitten verstößt. Aus § 826 ergibt sich daher eine Schranke für die Ausübung aller Rechte.

---

[163]) Siebert a. a. O.; RGRK. § 826, Anm. 2; Enneccerus a. a. O.; RGZ 71, S. 112; 123, S. 279; RG JW 1912, S. 292; 1915, S. 915; 1925, S. 2245; 1932, S. 938; 1934, S. 411; 1936, S. 718.

[164]) Vgl. RG JW 1932, S. 938.

[165]) Siebert, Verwirkung, S. 116, will in derartigen Fällen Kenntnis oder Unkenntnis von der Sittenwidrigkeit unbeachtet lassen und stellt lediglich auf das Vorliegen eines objektiven Verstoßes gegen die guten Sitten und den Primat des Gemeinwohls ab.

4.) Eine schikanöse Handlung im Sinne des § 226 ist stets sittenwidrig; § 226 ist daher ein Unterfall des sich aus § 826 ergebenden Rechtsmißbrauchsverbotes.

VII. Der Ausdruck „gesundes Volksempfinden", der, wie schon oben (S. 38) hervorgehoben worden ist, in einigen Gesetzen der neueren Zeit gebraucht wird, bedeutet nichts anderes als das, was seither mit „guten Sitten" bezeichnet worden ist[166]). Denn auch diesem neugeprägten Rechtsbegriffe ist eigentümlich, daß seiner nach den Grundsätzen der Sittlichkeit gegebenen Wertung das äußere Verhalten der Rechts- und Volksgenossen unterliegt. In dem Gesetze zur Verhütung mißbräuchlicher Ausnützung von Vollstreckungsmöglichkeiten vom 13. Dezember 1934 ist nun dieser Maßstab zur Schranke einer bestimmten Art der Ausübung der Rechte gemacht worden, nämlich für die Rechtsausübung, die im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgt[167]). Was das Verhältnis dieses neuen Rechtsmißbrauchsverbotes zu der Norm des § 826 betrifft, so ist nach dem eben Ausgeführten dazu zu sagen, daß es gegenüber dem § 826 sachlich nichts Neues bringt, weil die Rechtsausübung, die unter das Gesetz vom 13. Dezember 1934 fällt, an sich schon sittenwidrig und damit unzulässig ist[168]).

Es muß aber hervorgehoben werden, daß durch dieses Gesetz dem Richter eine neue und wichtige prozessuale Handhabe gegeben wird, um gegen die mißbräuchliche Ausnützung einer Rechtsstellung vorzugehen und diese auch von Anfang an zu verhindern. Jedoch sind hierbei zwei Besonderheiten zu beachten. Einmal genießt derjenige, der durch eine unter dieses Gesetz fallende mißbräuchliche Rechtsausübung betroffen wird, nicht ohne weiteres schon gerichtlichen Rechtsschutz, sondern es kommt ihm dieser Schutz erst dann zu statten,wenn er einen entsprechenden Antrag stellt. Zum anderen werden die betreffenden Rechtsausübungshandlungen nicht schlechthin für unzulässig erklärt, sondern es hängt die Wirkung dieses neuen Rechtsmißbrauchsverbotes ab von dem pflichtmäßigen Ermessen des Vollstreckungsgerichtes. Dieses kann dann im Rahmen des eben genannten Ermessens Maßnahmen der Zwangsvoll-

166) Vgl. RG JW 1936, S. 1282.
167) Vgl. oben § 3 II 2.
168) Vgl. Volkmar, Deutsche Justiz 1934, S. 1623.

streckung ganz oder teilweise aufheben, untersagen oder zeitweilig aussetzen.
Im Ganzen betrachtet bringt dieses neue Gesetz, das allerdings nur subsidiäre Geltung besitzt, eine weitere Konkretisierung der Kriterien einer mißbräuchlichen Rechtsausübung mit sich und erweitert auch positivrechtlich den Schutz desjenigen, der durch einen derartigen Rechtsmißbrauch beeinträchtigt worden ist oder betroffen werden würde [169]).

§ 7. Treu und Glauben als Schranke der Rechtsausübung.

I. Der § 242 BGB bestimmt, daß der Schuldner verpflichtet ist, die geschuldete Leistung so zu erbringen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Nach ihrem Wortlaute enthält diese gesetzliche Bestimmung eine doppelte Beschränkung ihres Wirkungsgebietes: einmal richtet sie sich nur an den Schuldner, nicht auch an den Gläubiger, zum anderen betrifft sie nur die Art und Weise („so") der Leistung, nicht die Verpflichtung zur Leistung selbst.

Hinsichtlich der Frage nun, ob sich auch der Gläubiger an die Erfordernisse von Treu und Glauben halten müsse, hat Müllercisert [170]) ausgeführt, daß sich dies aus § 242 nicht ableiten lasse, es hätte vielmehr hierzu einer besonderen gesetzlichen Vorschrift bedurft. Eine solche sei zwar an sich möglich, jedoch nicht neben der gegenwärtigen Fassung des § 242; denn entweder bestimme die Rechtsordnung die Rechte des Gläubigers oder sie bestimme die Pflichten des Schuldners; vermische sie beides, so erhebe sie die Rechtsunsicherheit zum Gesetze. – Dem ist Folgendes entgegenzuhalten:

Das Schuldverhältnis — und von diesem spricht § 242 zunächst — ist ein rechtliches Verhältnis, innerhalb dessen der eine Teil

[169]) Vgl. aus dem Schrifttum: Fischer, DJZ 1935, S. 83; Recke, Deutsche Justiz 1935, S. 183 f.; Vogel, JW 1936, S. 1102 ff.; Unterhinnighofen, Deutsche Richterzeitung 1935, S. 23 ff.
Aus der Rechtsprechung: KG, JW 1935, S. 2072; LG Hamburg, JW 1935, S. 3659; LG Berlin, JW 1936, S. 1223. — Bemerkenswert ist, daß in diesen drei Entscheidungen der Schutz nach dem Vollstreckungsmißbrauchsgesetz jeweils versagt worden ist: weil der Schuldner zur Erlangung dieses Schutzes sich nicht darauf berufen könne, daß seine Verurteilung zu Unrecht erfolgt sei; weil der Schuldner nicht schutzwürdig sei; weil das Gesetz nur subsidiären Charakter habe und andere Bestimmungen dem Schuldner in dem vorliegenden Falle bereits genügenden Schutz böten.

[170]) ZBH 1933, S. 97.

(der Gläubiger) etwas zu fordern berechtigt, der andere Teil (der Schuldner) etwas zu leisten verpflichtet ist. Hierbei entsprechen sich das Recht des einen und die Verpflichtung des andern, denn sie sind beide auf dasselbe bezogen, nämlich auf den Gegenstand der Leistung. Der Gläubiger darf das fordern, was der Schuldner zu leisten hat; dieser muß das leisten, was der Gläubiger fordern darf. Die Pflicht des einen richtet sich also nach dem Rechte des anderen und umgekehrt [171]). Im Hinblick auf dieses Gegenseitigkeitsverhältnis von Gläubigerrecht und Schuldnerpflicht ergibt sich aus § *242*, daß, wenn hier die Pflichten des Schuldners gesetzlich geregelt werden, dadurch auch zugleich die Stellung des Gläubigers berührt wird. Denn mehr, als der Schuldner erbringen muß, darf der Gläubiger nicht fordern; es wird daher durch § *242* auch der Gläubiger in seinen Rechten betroffen, er darf nicht mehr und nicht anders fordern, als zu was Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte den Schuldner verpflichten [172]). Handelt er anders, so entspricht seine Handlungsweise nicht mehr der schuldnerischen Pflicht. Da aber Treu und Glauben häufig anderes besagen, als sich für den Gläubiger aus dem rein für sich betrachteten Schuldverhältnis ergibt, so stellt § *242* insofern eine Schranke für die Ausübung der Rechte des Gläubigers dar, als dieser mit seiner Rechtsausübung nicht gegen Treu und Glauben verstoßen darf [173]).

Abgesehen von dieser Ausdehnung des § *242* auf die Person und die Rechtsstellung des Gläubigers, ist durch die Rechtssprechung, insbesondere durch die des Reichsgerichtes, auch eine sachliche Erweiterung des Wirkungskreises dieser gesetzlichen Bestimmung dadurch erfolgt, daß der Schuldner für befugt erklärt worden ist, mit Rücksicht auf Treu und Glauben unter Umständen nicht nur eine bestimmte Art der Leistung, sondern die Leistung überhaupt zu verweigern. Insbesondere ist dies dann der Fall, wenn der Gläubiger die Erbringung der Leistung verlangt zu einem gesetz- oder sittenwidrigen

[171]) Siebert, Verwirkung, S. 58, Anm. 121; RGZ 100, S. 131.

[172]) Blümner, S. 144; Endemann, Lehrbuch, S. 591; Hager, S. 129; Martin, S. 44; Siebert a. a. O.; Soergel, § *242*, Anm. 2; Tuhr, S. 562; RGZ 78, S. 142; 95, S. 310; 100, S. 131; RG JW 1907, S. 6; RG Recht 1916, Nr. 1853.

[173]) Lehmann S. 101; Siebert, Verwirkung, S. 58; Soergel, § *242*, Anm. 2; Tuhr, S. 61; Tuhr, S. 562; RG JW 1922, S. 483.

Zwecke [174]), oder wenn der Gläubiger sein Forderungsrecht verwirkt hat, d. h. wenn sein jetziges Verlangen auf Erfüllung der Schuldverbindlichkeit mit seinem früheren Verhalten nach den Grundsätzen von Treu und Glauben nicht vereinbar erscheint [175]).

II. Es erhebt sich nunmehr die weitere Frage, ob Treu und Glauben nur eine Beschränkung für die Ausübung der aus Schuldverhältnissen sich ergebenden Rechte, insbesondere also der Forderungsrechte, darstellen, oder ob sie darüber hinaus für die Ausübung aller subjektiven Rechte Geltung haben, also auch für Gestaltungs- und Zustandsrechte. Häufig wird behauptet [176]), daß § *242* eine Norm sei, die alle Rechtsgebiete durchdringe und auf Rechte aller Art Anwendung finde; es habe sich daher jedermann bei der Ausübung eines jeglichen Rechtes an das zu halten, was Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte vorschreiben, § *242* stelle ein Verbot des Mißbrauches aller Rechte dar, entsprechend dem Artikel *2* des Schweizer ZGB.

Gegen diese Auffassung spricht an sich zunächst die Stellung des § *242* im Systeme des BGB, wenn man sie mit den dort enthaltenen anderen Rechtsmißbrauchsverboten vergleicht. Das Rechtsmißbrauchsverbot des § *226* zeigt schon durch seine Stellung im Allgemeinen Teile, daß es für das ganze BGB, d. h. für alle in dessen Systeme enthaltenen Rechte und auch für die übrigen unter das Privatrecht fallenden Rechte gilt. Beim Verbot der sittenwidrigen Rechtsausübung (§ 826) läßt sich seine allgemeine Geltung allerdings noch nicht aus seiner Stellung entnehmen, aber dies erklärt sich daraus, daß § 826 in erster Linie eine Norm des Schadensersatzes aus unerlaubter Handlung ist und ihr Charakter als allgemeines Rechtsmißbrauchsverbot sich erst ergibt aus der unter Heranziehung der Enstehungsgeschichte vorgenommenen Auslegung und aus dem Vergleiche mit anderen Vorschriften, die ebenfalls von dem Verstoße gegen die guten Sitten handeln. — Anders ist

[174]) RGZ 92, S. 358; 99, S. 157; 106, S. 307 und 318; RG Recht 1917, Nr. 348. Leistungen, die völkischen Belangen zuwiderlaufen: vgl. OLG Naumburg, JW 1935, S. 2446.
[175]) Siehe unten V.
[176]) Enneccerus-Nipperdey, S. 696; Soergel, § 242, Anm. 2; Siebert, Verwirkung, S. 125; RGZ 71, S. 436; 107, S. 361; vgl. auch RGZ 85, S. 117; 135, S. 376.

dies bei § 242, der sich im Allgemeinen Teile des Rechtes der Schuldverhältnisse befindet und dadurch, sowie durch den Gebrauch des Wortes „Schuldner" zeigt, daß die in ihm liegende Schranke der Rechtsausübung wenigstens primär nur Forderungsrechte betrifft.

Neben den angeführten, mehr äußerlichen Gründen spricht auch der Begriff von Treu und Glauben selbst, so wie er im geltenden Rechte gebraucht wird, dafür, daß er als Schranke der Rechtsausübung bei uns nicht dieselbe Bedeutung hat wie im Rechte der Schweiz, daß vielmehr seine Anwendbarkeit von dem Erfülltsein gewisser Voraussetzungen abhängig ist.

Der Begriff taucht an verschiedenen Stellen des BGB auf. Nach § 157 sind Verträge so auszulegen, wie Treu und Glauben es erfordern. Eine Bedingung gilt als eingetreten, wenn ihr Eintritt wider Treu und Glauben verhindert worden ist; der wider Treu und Glauben herbeigeführte Eintritt einer Bedingung gilt als nicht erfolgt (§ 162). Die Einrede des nicht völlig erfüllten Vertrages ist ausgeschlossen, wenn die Leistungsverweigerung gegen Treu und Glauben verstoßen würde (§ 320 II). Wird der Eintritt eines Erfolges, der mit einer Leistung bezweckt ist, entgegen den Regeln von Treu und Glauben verhindert, so ist das an sich gemäß § 812 I S. 2 gegebene Rückforderungsrecht ausgeschlossen (§ 815).

Das Gemeinsame an allen diesen Fällen, wo der Begriff von Treu und Glauben verwendet wird, ist, daß bei ihnen immer schon von vornherein eine rechtliche Beziehung zwischen zwei oder mehreren Personen gegeben ist, nämlich ein Rechtsgeschäft. Für die von einer solchen rechtlichen Beziehung umfaßten Personen soll das maßgebliche Bedeutung haben, was Treu und Glauben erfordern; Treu und Glauben setzen an sich schon ein Gegenseitigkeitsverhältnis voraus: dem „Glauben" des einen entspricht die „Treue" des andern, aus dem Verhältnis zwischen den beteiligten Personen ergibt sich die Forderung von Treu und Glauben. Der Begriff von Treu und Glauben wird also vom BGB dort gebraucht, wo innerhalb eines rechtlichen Verhältnisses Rechte und Pflichten sich gegenüberstehen: bei der Vertragsauslegung, beim bedingten Rechtsgeschäft, bei der Erfüllung gegenseitiger Verträge, bei der Leistung, mit der ein Erfolg bezweckt ist. Aus diesem Ge-

brauche des BGB ergibt sich, daß Treu und Glauben nicht allgemein anwendbar sind, wie etwa die guten Sitten, daß sie aber immer dann zum Zuge kommen, wenn eine rechtliche Beziehung zwischen mehreren Personen besteht, und es sich darum handelt, die aus dieser Beziehung sich ergebenden Rechte und Pflichten zu regeln.

Aus dem bisher Dargelegten folgt somit für das Gebiet der Rechtsausübung: Treu und Glauben sind gemäß § 242 zunächst eine Schranke für die Ausübung aller schuldrechtlichen Forderungsrechte, mögen diese auf Grund eines Vertrages entstanden sein oder sich aus dem Gesetze ergeben [177]). Darüber hinaus bedeuten sie aber auch eine Schranke für die Ausübung solcher Rechte, die zwar keine schuldrechtlichen Ansprüche sind, die aber als Gestaltungsrechte unmittelbar aus einem schuldrechtlichen Verhältnisse fließen [178]); so kann z. B. die Ausübung eines gesetzlichen Kündigungsrechtes [179]) oder eines vertraglichen Rücktrittsrechtes [180]) nach Treu und Glauben ausgeschlossen sein.

Die weitere Frage, ob § 242 auch auf dingliche Ansprüche (etwa aus §§ 985, 1004) entsprechende Anwendung finden könne, ist zu bejahen [181]). Denn auch hier ist eine vor der Ausübung des Rechtes liegende ursprüngliche rechtliche Beziehung zwischen den Beteiligten gegeben, nämlich ein Anspruch auf Wiederherstellung des früheren Zustandes; diese Beziehung aber gibt die Grundlage und die Rechtfertigung für die Anwendung der Grundsätze von Treu und Glauben. Auch handelt es sich bei den aus §§ 985, 1004 abgeleiteten Rechten um Ansprüche, d. h. um Rechte, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen (§ 194). Es stehen sich also wie bei den rein schuldrechtlichen Ansprüchen das Recht des einen und die Pflicht des andern in gegenseitiger Bestimmung gegenüber.

Schwieriger ist die Entscheidung darüber, ob Treu und Glauben sich auch für solche Rechte als Schranke der Ausübung dar-

[177]) Hamburger, S. 8.
[178]) Siebert, Verwirkung, S. 123; RG JW 1935, S. 2491.
[179]) RGZ 86, S. 335.
[180]) RGZ 117, S. 357.
[181]) Planck-Strecker, Einleitung 5; Siebert a. a. O.; Staudinger-Kober, Einleitung 4. — A. A. RGRK, § 242, 3; RGZ 92, S. 11; 93, S. 105; 131, S. 178. Vgl. aber auch RG LZ 1922, S. 328; RGZ 71, S. 436; 74, S. 154; 133, S. 296.

stellen, die weder schuldrechtliche oder dingliche Ansprüche, noch aus Schuldverhältnissen entstandene Gestaltungsrechte sind. Wie oben ausgeführt, setzt die Anwendbarkeit des Begriffes von Treu und Glauben nach dem Sprachgebrauche des geltenden Rechtes immer eine schon vorhandene rechtliche Beziehung zwischen den Beteiligten voraus, mit Rücksicht auf welche der eine Teil sich in der Ausübung seiner Rechte zurückhalten muß. Davon kann aber dann keine Rede sein, wenn eine solche, Rücksichtnahme fordernde Beziehung zwischen dem Rechtsausübenden und dem hierdurch Betroffenen bei Vornahme der Rechtsausübungshandlung noch gar nicht gegeben ist. Wenn also etwa jemand Eigentümer eines Hauses ist, an dessen architektonischer Schönheit ein anderer seine Freude hat, und der Eigentümer sein Haus niederreißt, nur um diesen anderen in seinen Gefühlen zu verletzen, so kann die in dem Niederreißen enthaltene Ausübung des Eigentumsrechtes wohl sittenwidrig sein [182]), niemals aber verstößt sie gegen Treu und Glauben. Denn in diesem Falle stehen der Eigentümer und der in seinen ideellen Werten Geschädigte in keiner solchen rechtlichen Beziehung, die die Rücksichtnahme des einen Teiles gegenüber dem anderen zur rechtlichen Pflicht machen würde. Wohl aber läge — ganz abgesehen von den sonstigen rechtlichen Folgen — dann eine wegen Verstoßes gegen Treu und Glauben unzulässige Rechtsausübung vor, wenn der Hauseigentümer sein Haus deshalb abbrechen würde, um seinen darin wohnenden Mieter zu schädigen. Denn aus dem Mietverhältnis, als einem rechtlichen Verhältnis, erwächst für den Vermieter die Pflicht, auch bei der Ausübung solcher subjektiver Rechte, die sich nicht aus dem Mietverhältnisse ergeben, also keinen schuldrechtlichen Charakter tragen, sich so zu verhalten, daß er den anderen Teil nicht schädigt; die zur Anwendung von Treu und Glauben notwendige, gegenseitige Rücksichtnahme fordernde, rechtliche Beziehung wäre in diesem Falle gegeben.

Aus der gesetzlichen Norm des § 242 und dem Vergleiche mit anderen Vorschriften des geltenden Rechtes ergibt sich somit

[182]) Die Anwendbarkeit des § 226 auf diesen Fall ist ausgeschlossen: zwar genügt es an sich, wenn der Zweck der Handlung die Verletzung ideeller Güter ist, aber es fehlt an der objektiven Ausschließlichkeit dieses Zweckes; das Niederreißen eines Hauses kann noch andere Zwecke haben, als den, einen anderen Rechtsgenossen zu schädigen.

der Satz: Die Ausübung eines Rechtes ist dann, aber auch nur dann, wegen Verstoßes gegen Treu und Glauben unzulässig, wenn durch sie die notwendige Rücksichtnahme verletzt wird, die sich für den Rechtsausübenden ergibt aus einer zwischen ihm und dem durch die Rechtsausübung Betroffenen bestehenden rechtlichen Beziehung. Im wesentlichen entspricht dies der herrschenden Lehre [183]), aber mit der Einschränkung, daß Treu und Glauben nur dann eine Schranke für die Ausübung der subjektiven Rechte bilden, wenn die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit dieses Begriffes auch tatsächlich gegeben sind, wenn nämlich eine rechtliche Beziehung zwischen den Beteiligten schon vor der Rechtsausübung vorgelegen hat. Daß rechtliche Beziehungen schon vor Abschluß eines Vertrages bestehen und die Vorschrift des § 242 auf diese Beziehungen Anwendung finden kann, zeigt die Lehre von der sogenannten culpa in contrahendo. Fehlt aber jegliche rechtliche Beziehung, so ist kein Platz für die Anwendung von Treu und Glauben; als Schranke der Rechtsausübung bleiben in diesem Falle nur die guten Sitten übrig mit dem Unterfalle des § 226 [184]).

III. Was den Begriff von Treu und Glauben selbst anbelangt, so ergibt er sich teilweise schon aus dem oben Gesagten. Es wurde ausgeführt, daß er seine Grundlage hat in einer rechtlichen Beziehung zwischen mehreren Personen, und daß diese Beziehung eine gewisse gegenseitige Rücksichtnahme unter den Beteiligten erfordert [185]). Auf diese Rücksichtnahme („Treue") des einen darf der andere vertrauen („Glauben"), und so bedeutet der Begriff von Treu und Glauben das Erfordernis der Berücksichtigung und Abwägung der beiderseitigen Interessen und der berechtigten Erwartung des Rechtsgegners [186]). Der Begriff ist also zunächst persönlich bestimmt durch die Beziehungen rechtlich verbundener Personen; es sind bei der Frage, was Treu und Glauben gebieten und verbieten, auch die persönlichen Verhältnisse der Beteiligten zu berücksichtigen [187]).

[183]) Vgl. oben Anm. 176.
[184]) Planck-Siber, § 242, Anm. 3; Siebert, Verwirkung, S. 221.
[185]) Siebert a. a. O., S. 117 f.
[186]) So auch Schneider, S. 132; Siebert a. a. O. Gegen die alleinige Beachtung der Interessenlage der Beteiligten wendet sich mit Recht Larenz, Vertrag und Unrecht, S. 109, der bei Treu und Glauben hauptsächlich auf die Berücksichtigung des Vertrauens des anderen Teils abstellt. – Aus der Rechtsprechung: RGZ 74, S. 155; 101, S. 49; 114, S. 379; 119, S. 235; 126, S. 17; RG JW 1936, S. 1210.
[187]) Z. B. Verwandtschaft, vgl. RG LZ 1920, S. 643.

Jedoch sind die rechtlichen Beziehungen einzelner immer nur ein Bestandteil des Rechtslebens eines ganzen Volkes [188]); daher dürfen für die rechtliche Würdigung dessen, was innerhalb dieser Beziehung zu tun und zu lassen ist, nicht die Interessen und Verhältnisse der Beteiligten allein für maßgebend erachtet werden. Vielmehr muß dabei auch das in Betracht gezogen werden, was allgemein als üblich und angemessen angesehen wird. Das BGB hat dies dadurch zum Ausdrucke gebracht, daß es in den §§ 157, 242 für die Abwägung der Pflichten und Rechte neben dem persönlich bestimmten Momente von Treu und Glauben auch noch die Berücksichtigung der Verkehrssitte erfordert, d. h. die Berücksichtigung der den Verkehr beherrschenden tatsächlichen Uebung [189]). Damit ist der Begriff von Treu und Glauben in seiner praktischen Anwendung stets aus der rein individuellen Sphäre der beteiligten Personen herausgehoben und ihm als Maßstab für die Interessenabwägung [190]) die allgemein übliche Sitte, d. h. die Anschauung der Gesamtheit, beigegeben, die insofern die Bedeutung eines sozialen Richtmaßes [191]) hat.

IV. Es fragt sich nun noch, in welchem Verhältnisse Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu dem Begriffe der guten Sitten stehen. Im einzelnen Falle kann die Ausübung eines subjektiven Rechtes sowohl sittenwidrig sein, als auch im Hinblick auf das, was Treu und Glauben erfordern, unzulässig erscheinen. Denn häufig wird die Nichtbeachtung der berechtigten Erwartungen und Interessen desjenigen, mit dem man in rechtlicher Beziehung steht, das Anstandsgefühl aller billig und gerecht denkenden Volksgenossen verletzen. Es sind jedoch zwischen den Forderungen von Treu und Glauben und dem, was die guten Sitten verlangen, gewisse Unterschiede vorhanden, sodaß die beiden Begriffe nicht gleichbedeutend sind [192]).

Bei Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben stehen im Vordergrunde der Betrachtung die rechtlichen Beziehungen der Beteiligten; es werden also in erster Linie die beiderseitigen Interessen gegeneinander abgewogen, wobei dann modi-

[188]) Vgl. auch Larenz, Rechtsperson, S. 252.
[189]) RGZ 49, S. 162.
[190]) Siebert, Verwirkung, S. 119.
[191]) Endemann, Lehrbuch, S. 591.
[192]) Vgl. Müllereisert, Ehre, S. 155; Siebert, Verwirkung, S. 128 f.; RGZ 71, S. 436.

fizierend und richtunggebend die Uebung des allgemeinen Verkehres mitwirkt. Anders ist es bei den guten Sitten: hier ist die allgemeine Anschauung ausschließlich maßgebend und es wird nicht auf die Interessen der Beteiligten, sondern auf das Anstandsgefühl der Allgemeinheit abgestellt. Der Unterschied zwischen dem Begriffe von Treu und Glauben und dem der guten Sitten besteht also in der Grundlage der Wertung; diese wird in einem Falle gebildet von einer Sonderbeziehung [193]), im anderen von der allgemeinen Anschauung.

Da aber innerhalb einer rechtlichen Beziehung der eine Partner stets erwarten kann, daß sich der andere so verhält, wie es dem Anstandsgefühle aller billig und gerecht Denkenden entspricht, daß der andere sich nach der gesunden Anschauung der Allgemeinheit richtet, von der er ein Teil ist, so verstößt eine Verletzung der guten Sitten immer auch gegen Treu und Glauben [194]). Andererseits aber können sich aus einer einzelnen rechtlichen Beziehung für die Beteiligten strengere Anforderungen ergeben, als es nach den guten Sitten der Fall ist. Daher ist eine Nichtberücksichtigung von Treu und Glauben nicht ohne weiteres auch sittenwidrig.

V. Ein Sonderfall der aus § 242 sich ergebenden Schranke der Rechtsausübung ist die sogenannte Verwirkung, d. h. die Unzulässigkeit einer Rechtsausübung, die deshalb gegen Treu und Glauben verstößt, weil der Berechtigte erst nach längerem Untätigsein sein Recht geltend macht. Begriff und Name der Verwirkung waren allerdings schon vor der Einführung des BGB, damals von der Wissenschaft noch unbeachtet, in der Rechtsprechung im Gebrauch. Im Jahre 1877 sprach sich das Reichsoberhandelsgericht [195]) dahin aus, daß mit Rücksicht auf die bona fides das Recht auf Vertragserfüllung verwirkt werden könne, wenn der Berechtigte mit der Geltendmachung seines Anspruches zu lange warte. In der Folgezeit wurde diese Auffassung von der Rechtsprechung des Reichsgerichtes fortentwickelt [196]) zu dem allgemeinen Grundsatze, daß der Berechtigte, der erst nach längerem Untätigbleiben sein Recht geltend

[193]) Siebert, Verwirkung S. 129.
[194]) Im Ergebnis ebenso Hamburger, S. 18.
[195]) ROHG 23, S. 85.
[196]) Ueber die Entwicklung der Rechtsprechung vgl. Hamburger, S. 84 ff.; Siebert, Verwirkung, S. 1 ff.

mache, dem Rechtsgegner gegenüber sich illoyal verhalte und deshalb keinen Rechtsschutz genieße [197]).

Eine besonders wichtige Stellung nahm dieser Grundsatz in der Aufwertungsrechtsprechung ein [198]), da auf diesem Gebiete die große Gefahr für den Schuldner bestand, durch ein verspätetes Aufwertungsverlangen des Gläubigers geschädigt zu werden oder zum mindesten in wirtschaftliche Schwierigkeiten zu kommen. Auch auf anderen Rechtsgebieten wurde vom Reichsgerichte die Verwirkung anerkannt, so z. B. im Konkursrecht [199]), im Warenzeichen- [200]) und Wettbewerbsrecht [201]). Schließlich wurde dann der Verwirkungsgedanke — wie im Anfange seiner Entwicklung — als für das gesamte Privatrecht maßgebend angesehen [202]), ja sogar auf Rechtsverhältnisse des öffentlichen Rechtes angewandt [203]).

Die Entwicklung in der Rechtsprechung ging dann aber wieder rückwärts. Die Geltung der Verwirkung wurde auf einzelne Sondergebiete, wie Aufwertungs- und Wettbewerbsrecht, beschränkt [204]) und ihre Anwendung im übrigen Privatrecht und insbesondere auch im öffentlichen Recht für unzulässig erklärt [205]). Trotzdem gelangt das Reichsgericht auch jetzt noch zu demselben Ergebnisse, zu dem es früher auf Grund des Verwirkungsgedankens gelangt ist, indem es ganz allgemein die Einrede der Arglist aus § 242 zuläßt [206]), wenn jemand erst nach längerem Zuwarten sein Recht geltend macht und dadurch nach den Umständen des Falles gegen Treu und Glauben verstößt. Nach RG JW 1935, S. 2946, soll sich dieser Tatbestand streng scheiden von dem Tatbestande der Verwirkung [207]).

---

[197]) Vgl. z. B. RGZ 32, S. 64; 36, S. 87; 60, S. 348; 88, S. 262; 91, S. 347.
[198]) Vgl. etwa RGZ 110, S. 133; 114, S. 404; 117, S. 358 ff.; 131, S. 225 ff.; RG JW 1927, S. 1848; 1928, S. 485. Weitere Nachweise bei Erdmann, S. 5 ff.; Krause, S. 105 ff.; Mügel, S. 1042 ff.
[199]) RG DJZ 1929, S. 1615.
[200]) RGZ 114, S. 363.
[201]) RGZ 127, S. 323.
[202]) RGZ 88, S. 262; 95, S. 310; 117, S. 359; 139, S. 83; RG JW 1929, S. 2144. Vgl. die Nachweise bei Krause, S. 41 ff., 52 ff., 105 ff.
[203]) RG JW 1931, S. 736; Reichsarbeitsgericht LZ 1933, S. 455.
[204]) Z. B. RGZ 144, S. 22; RG LZ 1932, S. 950; RG JW 1936, S. 574. — Eine Ausdehnung des Verwirkungsgedankens über die genannten Sondergebiete hinaus zeigt sich in RG JW 1935, S. 2883.
[205]) RG JW 1932, S. 491; RG DJZ 1935, S. 1062; Reichsfinanzhof DJZ 1935, S. 1123.
[206]) RGZ 135, S. 376; RG JW 1935, S. 2946.
[207]) Hiergegen mit Recht die Anmerkung von Siebert.

Ebenso uneinheitlich wie hinsichtlich des Anwendunsgebietes der Verwirkung sind Rechtsprechung und Lehre hinsichtlich ihrer dogmatischen Begründung [208]). Nahezu Einstimmigkeit herrscht nur darüber, daß die Verwirkung mit einem Verzichte nichts zu tun hat. Denn dieser erfolgt nur in Form einer, wenn auch nur stillschweigenden, Willenserklärung, setzt also einen auf Verzicht gerichteten Willen voraus. Ein solcher kann aber, wenn man nicht zu einer Fiktion greifen will, nicht schon deshalb vermutet werden, weil der Berechtigte eine Zeit lang sein Recht nicht ausgeübt hat. Außerdem zeigt ja der Rechtsinhaber durch seine spätere Rechtsausübung gerade, daß er sein Recht nicht aufgeben wollte, daß „Aufgeschoben" nicht „Aufgehoben" bedeuten sollte. Er könnte also, wenn Verwirkung und Verzicht dasselbe wären, den Eintritt der Verwirkung mit rückwirkender Kraft dadurch hinfällig machen, daß er seine (stillschweigende) Willenserklärung wegen Irrtums anficht. — Es kommt aber auf den Willen des Rechtsträgers bei der Frage der Verwirkung gar nicht an: die Verwirkung tritt ein, gleichviel ob der Berechtigte sie gewollt hat oder nicht. Die Verwirkung steht durchaus selbständig neben dem Verzicht [209]).

Auch von Verjährung und Ausschlußfristen ist die Verwirkung zu trennen [210]). Denn diese beiden Rechtsinstitute knüpfen die Hemmung eines Rechtes durch dauernde Einrede, bezw. seinen Untergang, an die Untätigkeit des Berechtigten während ganz bestimmter Zeiträume [211]), während bei der Verwirkung die Zeitspanne, in der der Rechtsträger sein Recht ausüben muß, nicht fest bestimmt, sondern nach der Lage des einzelnen Falles verschieden ist. Außerdem wird ein Recht durch bloßen Zeitablauf noch nicht verwirkt [212]), da die Verwirkung sonst nur

[208]) Ueberblick über die verschiedenen Auffassungen bei Erdmann, S. 12 ff.; Krause, S. 120 ff.; Siebert, Verwirkung, S. 3 ff., 180 ff.

[209]) So schon ROHG 23, S. 85. Vgl. weiter Heinemann, S. 937; Krause, S. 161, 162; Riezler, S. 146, 159; Siebert a. a. O., S. 27, 185; Staudinger-Werner, Einleitung zum 3. Abschnitt VI; RGZ 110, S. 133; 117, S. 213; 119, S. 235; RG JW 1928, S. 3042; 1931, S. 736; 1932, S. 720; R.Arb.Ger. JW 1936, S. 2255. — Abweichend RGZ 107, S. 108.

[210]) Erdmann, S. 14; Krause, S. 216; Siebert a. a. O., S. 180. Nach Heinemann, S. 939, stellt die Verwirkung eine besondere Art von Ausschlußfrist dar.

[211]) Z. B. §§ 195, 196, 197, 801, 864, 1994, 2060 BGB.

[212]) Krause, S. 75; Siebert a. a. O., S. 173; Staudinger-Werner a. a. O.; Stoll, Vertrag, S. 214; RGZ 127, S. 323; RG JW 1935, S. 1841 und 2491; RG JW 1936, S. 2389. Zu eng RGZ 119, S. 235; OLG Dresden LZ 1919, S. 389.

eine abgekürzte Verjährungsfrist bedeuten würde. Vielmehr ist neben dem Verstreichenlassen längerer, nach der Lage des Falles näher zu bestimmender, Zeit ein „qualifiziertes Verhalten" des Berechtigten erforderlich [213]).

Aber nicht nur im Hinblick auf ihre Voraussetzungen unterscheidet sich die Verwirkung von der Verjährung und von der Ausschlußfrist, sondern auch im Hinblick auf ihre Folgen. Bei der Verjährung bleibt der Anspruch nach wie vor bestehen, der Rechtsgegner erwirbt aber ein Gegenrecht, das er durch Einrede geltend machen und mit dem er die Durchsetzung des verjährten Rechtes hindern kann [214]); der Ablauf der Ausschlußfrist bewirkt normalerweise das Erlöschen des Rechtes [215]). Auch die Verwirkung eines Rechtes wurde schon als Erlöschungsgrund bezeichnet [216]), was aber, mit der herrschenden Lehre [217]), ebenso abzulehnen ist, wie die Auffassung, daß sich aus der Verwirkung für den Rechtsgegner eine Einrede im Sinne des BGB ergebe.

Der Grund hierfür liegt in der Rechtsnatur der Verwirkung. Sie ist ein Ausfluß des Grundsatzes von Treu und Glauben [218]); aus § 242 ergibt sich, daß ein Recht nicht mehr ausgeübt werden kann, wenn dies wegen der Zeit, die der Berechtigte untätig hat verstreichen lassen, gegen Treu und Glauben verstoßen würde, wenn sich also der Schuldner oder der sonstige Rechtsgegner nach Treu und Glauben eine so späte Geltendmachung des Rechtes nicht mehr gefallen zu lassen braucht. Die Lehre von der Verwirkung gehört daher dogmatisch zu der Lehre von den Schranken der Rechtsausübung [219]). Geltendmachung eines Rechts, die nach Treu und Glauben verspätet ist, stellt deshalb eine mißbräuchliche Rechtsausübung dar und

[213]) Krause, S. 75, 177, 178; Siebert, Verwirkung, S. 173.
[214]) § 222, Absatz I BGB.
[215]) Vgl. z. B. §§ 801, 864 BGB.
[216]) Heinemann, S. 936; RG JW 1915, S. 572; 1932, S. 720; OLG Frankfurt JW 1930, S. 2448.
[217]) Krause, S. 212, 215; Siebert a. a. O., S. 174; Staudinger-Werner, Einleitung zum 3. Abschnitt VI.
[218]) Enneccerus-Nipperdey, S. 699; Erdmann, S. 21; Heinemann, S. 941; Siebert a. a. O., S. 172, 181; Staudinger-Werner a. a. O., RGZ 88, S. 262; 91, S. 347; 110, S. 133; 117, S. 359; 139, S. 83; RG JW 1932, S. 720; RArbGer. JW 1936, S. 2255. — Auf dem Gebiete des Wettbewerbs- und Warenzeichenrechtes stützt das Reichsgericht die Verwirkung auf den Begriff der guten Sitten; vgl. RGZ 114, S. 363; 127, S. 323.
[219]) Klausing, Anmerkung zu RG JW 1935, S. 1841; Krause, S. 212; Siebert a. a. O., S. 172; vgl. auch Rüdy, S. 86.

zieht die Folgen einer solchen nach sich. Was diese Folgen sind, ist unten [220]) ausführlich dargestellt. Hier ist des Zusammenhanges wegen nur Folgendes zu sagen: Durch den Eintritt der Verwirkung hört das Recht als solches nicht schlechthin auf, zu existieren, da die allgemeinen Schranken der Rechtsausübung, und insbesondere Treu und Glauben, in ihrer Eigenschaft als Generalklauseln, elastisch sind [221]). Andererseits aber ergibt sich aus der Natur der Verwirkung, als eines Falles der allgemeinen Schranken aller Rechte, daß sie dem Betroffenen nicht lediglich eine Einrede im Sinne des BGB gegen die Geltendmachung des verwirkten Rechtes gewährt, sondern daß der Richter sie im Prozesse von Amts wegen zu berücksichtigen hat [222]), immer aber auch prüfen muß, ob der durch die nach Treu und Glauben unzulässige Rechtsausübung Betroffene durch sein Stillschweigen nicht auf die Anwendung von Treu und Glauben verzichtet, aus der sich die Verwirkung des Rechtes herleitet. Wehrt sich daher der Betroffene gegen die nach § 242 BGB unzulässige Rechtsausübung nicht, so ist anzunehmen, daß die Rechtsausübung in Wirklichkeit nicht seinen Erwartungen widerspricht und daher tatsächlich nicht gegen Treu und Glauben verstößt. Da die Verwirkung nur ein Anwendungsfall des § 242 BGB ist, bildet sie auch kein besonderes Rechtsinstitut, wie etwa die Verjährung [223]).

Die Verwirkung ist auch nicht ein Fall der Verschweigung [224]). Verschweigung bedeutet Schweigen trotz besonderer Veranlassung zum Handeln [225]). Eine solche besondere Veranlassung

---

[220]) Abschnitt C: Die Folgen des Rechtsmißbrauches.

[221]) Vgl. unten S. 71. Die dort dargestellte Möglichkeit für die Parteien, im Rahmen der guten Sitten die Anwendung von Treu und Glauben für ihre Beziehungen auszuschließen, ist für die Fälle der Verwirkung besonders wichtig. Die Verwirkung eines Rechtes kann also, soweit dies nach § 138 zulässig ist, von vornherein oder durch Stillschweigen des Beklagten im Prozesse ausgeschlossen bezw. nachträglich beseitigt werden. — Vgl. auch Larenz, Vertrag und Unrecht, S. 144.

[222]) Lehmann JW 1936, S. 2196; Siebert a. a. O., S. 179. — Die Einrede im Sinne des BGB gehört überhaupt nicht zu der Lehre von den Schranken der Rechtsausübung. Die Einrede setzt voraus, daß ein Recht in vollem Umfange besteht, und sie bedeutet die Geltendmachung eines Gegenrechtes gegen dieses Recht (vgl. §§ 222 I, 273, 320, 821, 853 BGB). Anders die Schranken der Rechtsausübung. Diese hängen mit dem betreffenden Rechte selbst zusammen und sind kein Gegenrecht, sondern eine inhaltliche Beschränkung. Siehe unten S. 65.

[223]) Siebert a. a. O., S. 172; RGZ 127, S. 323; RG JW 1928, S. 3041.

[224]) So Endemann, DJZ 1928, S. 692 ff.; Krause, S. 171, 215.

[225]) Krause, S. 215.

zum Handeln kann sich z. B. aus dem Aufgebote des betreffenden Rechtes ergeben, liegt aber der Verwirkung nicht zu Grunde. Aus Treu und Glauben, die, wie oben dargelegt, die Grundlage der Verwirkung sind, ergibt sich eine solche Veranlassung zur Rechtsausübung nicht. Denn der Berechtigte ist immer nur befugt, sein Recht gegenüber dem Rechtsgegner geltend zu machen, aber nicht diesem zur Geltendmachung verpflichtet. Der Verstoß gegen Treu und Glauben bei der Verwirkung liegt nicht darin, daß der Träger des Rechtes, obwohl er dazu befugt gewesen wäre, das Recht nicht ausgeübt hat, sondern darin, daß er es erst jetzt, und zwar mit einer für den anderen untragbaren Verspätung, geltend macht. Nicht durch das Nichtgeltendmachen verstößt der Berechtigte gegen Treu und Glauben, sondern durch das verspätete Geltendmachen seines Rechtes; nicht im Stillschweigen, sondern im nachträglichen Handeln liegt der Verstoß gegen Treu und Glauben begründet [226]). Es fehlt also dem Tatbestande der Verwirkung das für die Verschweigung charakteristische Merkmal der besonderen Veranlassung zum Handeln. Die Verwirkung gehört daher nicht in das Gebiet der Verschweigung [227]).

Aus dem Dargelegten ergibt sich als Merkmal der Verwirkung, daß das jetzige Geltendmachen des Rechtes angesichts des vorhergehenden Stillschweigens mit Treu und Glauben nicht mehr vereinbar ist. Maßgebend ist also nicht allein der zeitliche Zwischenraum zwischen der Entstehung des Rechtes und seiner Geltendmachung, wie bei der Verjährung [228]), sondern die Unvereinbarkeit des seitherigen Stillschweigens des Berechtigten mit der jetzigen Rechtsausübung [229]). Zu dem Zeitablauf muß also noch das qualifizierende Moment des gegenwärtigen Verstoßes gegen Treu und Glauben hinzukommen [230]), oder, richtiger ausgedrückt, der Ablauf der Zeit, während der der Rechtsträger sein Recht hätte ausüben können, muß das jetzige Aus-

[226]) So auch Lehmann, JW 1936, S. 2195, und RArbG., JW 1936, S. 2255. A. A. Tegtmeyer, JW 1936, S. 3101 f.

[227]) So auch Erdmann, S. 12; Larenz, Vertrag und Unrecht, S. 144; Sontag, S. 868 f.; Siebert a. a. O., S. 182.

[228]) Daß die Verjährungsfrist bei Ansprüchen, die durch Anfechtung entstehen, schon vor Entstehung des Anspruches (§ 200 BGB), bei Ansprüchen auf ein Unterlassen erst nach Entstehung des Anspruches (§ 198 S. 2) zu laufen beginnt, sind Ausnahmen, die hier außer Betracht bleiben können.

[229]) Enneccerus-Lehmann, S. 19; Erdmann, S. 21; Lehmann, S. 102.

[230]) Staudinger-Werner, Einleitung zum 3. Abschnitt VI.

üben des Rechtes als gegen Treu und Glauben verstoßend erscheinen lassen.

Außerdem hat man auch noch das Vorliegen eines subjektiven Tatbestandes bei der Verwirkung gefordert, nämlich auf der Seite des Berechtigten ein Verschulden bei der Unterlassung der Rechtsausübung [231]), auf der anderen Seite das Vertrauen darauf, daß der Berechtigte sein Recht nicht mehr ausüben werde [232]). Was diese Frage betrifft, so ist zu sagen, daß diese subjektiven Momente unter dem Gesichtspunkte von § 242 stets mitberücksichtigt werden müssen, da Treu und Glauben eine Abwägung der beiderseitigen Interessen und der berechtigten Erwartung des Rechtsgegners bedeutet [233]). Die ausschlaggebende Rolle spielen sie aber bei der Frage, ob eine Verwirkung vorliegt, nicht. Es ist deshalb auch möglich, daß der Berechtigte sein Recht wegen Eintrittes der Verwirkung nicht mehr geltend machen kann, obwohl ihn an der vorausgegangenen Untätigkeit keinerlei Schuld getroffen hat [234]).

Zusammenfassend ist zu sagen: Die Verwirkungsmöglichkeit eines Rechtes ergibt sich aus § 242. Die Verwirkung ist ein besonderer Fall der Unzulässigkeit der Rechtsausübung. Ein Recht ist dann verwirkt, wenn es so spät geltend gemacht wird, daß die jetzige Geltendmachung bei Abwägung der Interessen der Beteiligten und der berechtigten Erwartung des Rechtsgegners als nicht mehr zulässig erscheint.

C. Die Folgen des Rechtsmißbrauches.

§ 8. Die rechtliche Natur des Rechtsmißbrauches.

I. Das Ergebnis der bisherigen Ausführungen kann dahin kurz zusammengefaßt werden: Die Ausübung eines jeglichen Rechtes ist unzulässig:

[231]) Beruhend auf der Kenntnis vom Bestehen des Rechts, so z. B. Enneccerus-Lehmann a. a. O.; Heinemann, S. 940; Klausing, Anmerkung zu RG JW 1935, S. 1841; RGZ 110, S. 133. — Nach Krause, S. 205, 215, genügt auch Kennenmüssen, also Fahrlässigkeit.

[232]) Enneccerus-Nipperdey, S. 699; Enneccerus-Lehmann a. a. O.; Tegtmeyer, JW 1936, S. 3100; RGZ 127, S. 323; RArbGer., JW 1936, S. 2255.

[233]) Vgl. oben S. 54.

[234]) Siebert, Verwirkung, S. 174, 187. Vgl. auch RGZ 131, S. 233, und RG JW 1931, S. 2706. — Erdmann, S. 58, hält ein Verschulden des Rechtsinhabers, Krause, S. 197, den guten Glauben des anderen Teiles nicht für erforderlich zum Eintritt der Verwirkung.

1.) Wenn sie die guten Sitten verletzt; dies ist besonders dann der Fall, wenn die betreffende Handlung oder Unterlassung nur den Zweck haben kann, einen anderen zu schädigen.

2.) Wenn durch sie die berechtigten Erwartungen desjenigen enttäuscht werden, mit dem der Handelnde in rechtlicher Beziehung steht, wenn die Rechtsausübung also gegen Treu und Glauben verstößt.

Eine hiernach unzulässige Rechtsausübung stellt sich als ein Mißbrauch des subjektiven Rechtes dar, denn dadurch wird von einer durch die Rechtsordnung gegebenen Machtstellung ein Gebrauch gemacht, der den Geboten dieser Ordnung zuwiderläuft.

Es fragt sich nunmehr, ob die Regelung des geltenden Rechtes, das — wie eingangs hervorgehoben wurde — zwischen Beschränkungen der subjektiven Rechte selbst und Schranken für deren Ausübung unterscheidet, auch innerlich begründet ist, ob nicht vielmehr beides gleichbedeutend ist, ob durch die Schranken der Rechtsausübung nicht auch der Inhalt der Rechte berührt wird.

Dies wird von der sogenannten [235]) Außentheorie verneint. Diese [236]) besagt im Anschluß an die in § 226 vom Gesetze getroffene Regelung Folgendes: Wenn das Gesetz den Inhalt der Rechte selbst beschränken wollte, so hat es dies durch besondere Normen gemacht. Neben diesen Beschränkungen des Rechtsinhaltes gibt es aber auch noch gesetzliche Vorschriften, die nur die Ausübung der Rechte betreffen; diese Ausübungsschranken kommen gewissermaßen von außen an das subjektive Recht heran, seinen Inhalt lassen sie unverändert, und schränken nur seine konkrete Ausübung im Einzelfalle ein. Das zeige sich besonders daran [237]), daß mit dem Wegfalle der nur äußerlichen Ausübungsschranke das Recht wieder in seinem alten Umfange ausübbar sei; die Schranken der Rechtsausübung würden also das subjektive Recht selbst nicht berühren.

---

[235]) Siebert, Verwirkung, S. 85.

[236]) Vertreten von Fischer, Rechtswidrigkeit, S. 142; Goldenberg, S. 70; Hager, S. 45; Heine, S. 12; Hirsch, S. 33 ff., 43 f.; Krause, S. 212; Soergel, § 226, Anm. 2; Staudinger-Riezler, § 226, Anm. 4a. Vgl. auch Tuhr, S. 558 f.

[237]) Hirsch, S. 44; Krause, S. 213.

Dem ist Folgendes entgegenzuhalten: Es ist durchaus möglich, daß die Ausübbarkeit eines Rechtes eingeschränkt wird, ohne daß dieses selbst eine Aenderung seines Inhaltes erleidet. Dies ist dann der Fall, wenn der Berechtigte durch äußere Umstände, die nicht durch das objektive Recht herbeigeführt worden sind, an der Ausübung seines Rechtes gehindert wird; wenn der Eigentümer etwa infolge eines Unwetters oder wegen Krankheit nicht im Stande ist, die Aepfel in seinem Obstgarten einzuernten, wenn sein subjektives Recht also im Augenblicke nicht im Wege des Genusses ausgeübt werden kann. Hier besteht das Eigentum im früheren Umfange fort, nur kann es zur Zeit in einer bestimmten Art nicht ausgeübt werden. Sobald aber dieses Hemmnis weggefallen ist, ist das Recht wieder voll ausübbar.

Anders ist es jedoch, wenn das objektive Recht selbst der Ausübung Beschränkungen auferlegt hat. Dieses hat dem Rechtsträger das subjektive Recht als Willensmacht gegeben. Was das Rechtssubjekt innerhalb des Umfanges dieser Machtstellung tut, ist ihm erlaubt, ja es ist hierin sogar von der Rechtsordnung geschützt. Wollte die Rechtsordnung aber dann der Ausübung der Rechte Schranken auferlegen, so würde sie sich eines Widerspruches schuldig machen. Denn damit würde sie dem Einzelnen zwar Macht verleihen, ihm aber zugleich die Betätigung dieser Macht verbieten; sie würde mit der einen Hand zurücknehmen, was sie mit der anderen gegeben hat. Es kann aber nicht dieselbe Handlung eine Rechtsausübung, also Betätigung von der Rechtsordnung verliehener Macht, und zugleich gemäß einer Vorschrift dieser Ordnung unzulässig sein. Vielmehr ist eine Handlung entweder Ausübung eines Rechtes oder sie ist es nicht; der Ausdruck „unzulässige Rechtsausübung", der wegen seiner allgemeinen Verbreitung bisher beibehalten worden ist, enthält also bei genauer Ueberlegung einen Widerspruch in sich selbst.

Deshalb geht es nicht an, dem Wortlaute des Gesetzes insofern zu folgen, als er zwischen Schranken der Rechte und Schranken der Ausübung derselben unterscheidet, sondern es sind im Grunde beide Arten von Beschränkungen ein und dasselbe. Wenn die Ausübung eines subjektiven Rechtes beschränkt wird, so wird durch die beschränkende Norm das Recht selbst be-

troffen; es erleidet dadurch eine Beschränkung seines Inhaltes schon aus dem Grunde, weil die Ausübbarkeit begrifflich zum Rechtsinhalte gehört. Somit sind die allgemeinen Schranken der Rechtsausübung allgemeine Schranken aller Rechte, und man kommt zu dem Grundsatze, daß jegliches subjektive Recht in seinem Inhalte und in seinem Umfange beschränkt ist durch die guten Sitten und bei einer den Berechtigten umfassenden rechtlichen Beziehung auch durch Treu und Glauben. Erst was innerhalb dieser Schranken liegt, ist das subjektive Recht in seiner wirklichen Gestalt[238]); eine Handlung, die darüber hinausgeht, entspricht nicht mehr dem tatsächlichen Inhalte des Rechtes.

Die Geltung dieser sogenannten Innentheorie[239]) ist für das Gebiet, innerhalb dessen § 242 Anwendung findet, nahezu unbestritten, denn hier kann man schon aus dem Wortlaute des Gesetzes entnehmen, daß das Forderungsrecht selbst von der Normierung der Schuldnerpflicht berührt wird[240]). Darüber hinaus hat aber auch hinsichtlich des § 226[241]) und des § 826[242]) der Großteil der Schriftsteller, die dieser Frage ihre Aufmerksamkeit zuwendeten, sich der Meinung angeschlossen, die, zuerst vertreten von Endemann[243]), die scheinbaren Schranken der Rechtsausübung als Beschränkungen des Rechtsinhaltes ansieht.

Somit ist jedes Recht schon inhaltlich beschränkt durch die guten Sitten; steht der Berechtigte mit einem anderen Rechtsgenossen in einer rechtlichen Beziehung, so sind seine subjektiven Rechte, soweit durch deren Ausübung diese Beziehung berührt werden kann, auch noch begrenzt durch das, was Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte fordern. Es enthält also jedes subjektive Recht schon in seinem Inhalte diese Schranken, kein Recht ist begrifflich unbeschränkt, auch

---

[238]) Insofern kann der Satz „nemo iniuriam facit, qui iure suo utitur" auch heute noch Geltung beanspruchen.
[239]) Siebert, Verwirkung, S. 85.
[240]) Blümner, S. 144 (allerdings mit Beschränkung auf Vertragsrechte); Hager, S. 129; Martin, S. 44; Nast, S. 29; Siebert a. a. O., S. 91; Derselbe, JW 1934, S. 1830; A. A. Krause, S. 212.
[241]) Blümner, S. 153; Henle, S. 28; Kipp, S. 11; Koch, S. 30; Martin, S. 77; Nast, S. 30, 65; Ramdohr, S. 834, 839; Staudinger-Kober, § 903, Anm. 26.
[242]) Nast, S. 29; Siebert a. a. O., S. 110; RG JW 1906, S. 16; A. A. Kipp, S. 12.
[243]) Lehrbuch, S. 422.

das Eigentum nicht [244]). Die sogenannten Ausübungsschranken der Rechte sind in Wirklichkeit immanente Schranken des Rechtes selbst [245]), sie sind es, die den Umfang des subjektiven Rechtes im konkreten Falle bestimmen. Das subjektive Recht, wie es sich ohne Heranziehung der Ausübungsschranken darstellt, ist nur eine Möglichkeit. Seine konkrete Gestalt gewinnt es erst im Lichte der alle Rechte betreffenden Schranken. Nur was innerhalb dieser Schranken liegt, was also den guten Sitten und Treu und Glauben entspricht, ist Rechtsinhalt.

Wenn aber alle subjektiven Rechte durch die guten Sitten und Treu und Glauben inhaltlich beschränkt sind, so geht eine gegen diese sogenannten Mißbrauchsverbote verstoßende Handlung, bei der sich der Handelnde auf ein ihm zustehendes Recht stützen will, über den Umfang dieses Rechtes hinaus; der Betreffende tut mehr, als er nach dem Inhalte seines Rechtes tun dürfte, er überschreitet sein Recht [246]). Insofern handelt er dann ohne Recht [247]), er nimmt also in Wirklichkeit gar keine Rechtsausübung vor; denn wo ein Recht nicht mehr vorhanden ist, kann es auch nicht mehr ausgeübt werden. Es fehlt in diesen Fällen an der für den Begriff der Rechtsausübung erforderlichen Uebereinstimmung von Handlung und subjektivem Rechte. Deshalb ist eine „Rechtsausübung", die gegen die guten Sitten verstößt, eine ganz gewöhnliche Handlung, und zwar in Form einer Rechtsüberschreitung; ein subjektives Recht liegt ihr in Wirklichkeit nicht mehr zu Grunde. Diesen Gedanken hat insbesondere die Rechtsprechung des Reichsgerichtes, die sich allerdings über die Fragen der Innen- und Außentheorie nicht weiter verbreitet, dadurch zum Ausdruck gebracht, daß in den Fällen einer mißbräuchlichen Rechtsausübung, d. h. also einer Rechtsüberschreitung, häufig von der unzulässigen Ausübung eines „formellen Rechtes" gesprochen wird [248]). Mit diesem Sprachgebrauche zeigt das Reichsgericht, daß es der Ansicht ist, daß einer derartigen Handlung kein eigentliches subjektives Recht mehr entspricht, sondern daß es nur den Anschein hat

[244]) Vgl. bes. Gierke, DPR II, S. 364; J. Gierke, S. 44 f.
[245]) Gierke, Soziale Aufgabe, S. 20; Hager, S. 15; Lehmann, JW 1936, S. 2196; Siebert, Verwirkung, S. 87 ff.
[246]) Hager, S. 15; Huber, S. 86; Nast, S. 65; Rüdy, S. 62, 89; Siebert, Rechtsmißbrauch, S. 203.
[247]) Siebert, Verwirkung, S. 90; vgl. auch Larenz, Vertrag u. Unrecht, S. 111
[248]) Vgl. z. B. RGZ 48, S. 124; 55, S. 372; 62, S. 139; 71, S. 436; 81, S. 399; 86, S. 194; 98, S. 72; vgl. auch Hager, S. 12; RGRK, § 242, Anm. 4.

ls übe der Betreffende ein Recht aus, daß nicht eine wirkliche, ondern nur eine scheinbare Rechtsausübung vorliegt.

. Wenn nun auch die sogenannte mißbräuchliche Rechtsausbung tatsächlich keine Rechtsausübung, sondern ein Handeln hne Recht ist, so ist damit noch nicht gesagt, daß ein solches landeln auch rechtswidrig ist. Denn die meisten menschlichen landlungen geschehen nicht in Ausübung eines subjektiven echtes, gleichwohl aber sind sie nicht von der Rechtsordnung erboten. So gibt es z. B. Handlungen, die rechtlich überhaupt nerheblich sind, wie z. B. das Spazierengehen. Eine solche ätigkeit ist zwar nicht in einem subjektiven Rechte begründet, t aber auch nicht rechtswidrig; mit ihr hat es die Rechtsordung überhaupt nicht zu tun. Daneben gibt es auch solche andlungen, die zwar in den Kreis des Rechtlichen gehören, enen aber ebenfalls ein subjektives Recht nicht zu Grunde egt. So ist etwa die Besitzergreifung einer herrenlosen beweglchen Sache (§ 958 I BGB) keine Rechtsausübung; denn ein neignungsrecht derartigen Sachen gegenüber gibt es nicht[249]); otzdem ist eine solche Handlung nicht nur nicht rechtswidrig, ondern sogar durch das objektive Recht mit günstigen Folgen r den Handelnden ausgestattet. Daher ist mit der Feststellung, aß eine Handlung ein Handeln ohne Recht darstellt, noch nicht re Rechtswidrigkeit dargetan[250]); rechtloses und rechtswidges Handeln sind nicht dasselbe.

ielmehr ist eine Handlung erst dann rechtswidrig, wenn sie gen das Recht verstößt. Ein solcher Verstoß kann, wie der egriff „Recht" selbst an sich doppelte Bedeutung hat, zunächst zwei Formen vorkommen. Entweder steht das Handeln mit r Rechtsordnung nicht im Einklang, widerstreitet also dem bjektiven Rechte, oder es wird durch die Handlung ein subktives Recht verletzt. So kann man entsprechend der verhiedenen Bedeutung des Begriffes „Recht", von dem sich der r „Rechtswidrigkeit" herleitet, von zwei Arten der Rechtsidrigkeit sprechen, von der Verletzung des objektiven Rechts nd der Verletzung eines subjektiven Rechts. Jedoch ist hierei zu beachten, daß das subjektive Recht sich vom objek-

) Recht ist besondere Machtstellung; an dem Merkmal der Hervorhebung eines einzelnen gegenüber den anderen fehlt es hier; eine Aneignung nach § 958 I ist jedermann möglich.
) Siebert, Verwirkung, S. 100, 133.

tiven ableitet und von diesem geschützt wird. Deshalb liegt i
der Verletzung eines subjektiven Rechtes immer auch ein
solche des objektiven Rechtes [251]). Das Merkmal jeder Rechts
widrigkeit ist also ihr Widerspruch mit der Rechtsordnung [252])
der sich entweder aus dem Vergleiche der Handlung mit de
objektiven Norm oder aus der Verletzung eines subjektive
Rechtes ergibt. Daher ist auch dann eine Rechtswidrigkei
gegeben, wenn die betreffende Handlung gegen die Rechtsord
nung verstößt, ohne ein subjektives Recht zu verletzen. Wir
ein solches verletzt, so ist, wie Fischer [253]) es ausdrückt, ein
Steigerung gegenüber dem bloßen Normenverstoße gegeben
notwendig ist das Handeln wider ein subjektives Recht aber fü
den Begriff der Rechtswidrigkeit nicht, denn eine solche lieg
immer dann vor, wenn die objektive Norm verletzt ist; ma
dies im Wege der Verletzung eines subjektiven Rechtes ge
schehen sein oder nicht [254]).

Aus dem Verstoße gegen ein subjektives Recht läßt sich di
Rechtswidrigkeit einer in der Form des Rechtsmißbrauch
auftretenden Rechtsüberschreitung nicht ableiten. Denn be
dieser wird ein subjektives Recht an sich nicht berührt. Da
eigene Recht des Handelnden wird durch die betreffende Han
lung nicht beeinträchtigt, sondern es wird nur über seinen Um
fang hinausgegangen [255]). Aber auch ein fremdes subjektive
Recht wird durch den Rechtsmißbrauch begrifflich nicht be
troffen. Dies zeigt sich deutlich bei § 226, wo eine Handlun
schon allein ihres Zweckes wegen für unzulässig erklärt wir
ohne daß der Eintritt eines Schadens und damit die Verletzun
eines subjektiven Rechtes zur Anwendbarkeit dieser gesetz
lichen Bestimmung erforderlich ist. Auch der Gläubiger, de
wider Treu und Glauben etwas fordert, verletzt dadurch nich
ein Recht seines Schuldners; denn dieser hat kein subjektive
Recht darauf [256]), daß der Gläubiger sich nach Treu und Glau

[251]) Kipp, S. 3.
[252]) Fischer, Rechtswidrigkeit, S. 147; Hager, S. 100; Kipp, S. 4; Neuman
S. 11.
[253]) a. a. O., S. 148.
[254]) Abweichend Huber, S. 105, der eine Rechtswidrigkeit nur bei Verletzun
eines Rechtsguts und Eintritt eines Schadens annimmt.
[255]) A. A. Oppenheimer, S. 86.
[256]) Treu und Glauben sind maßgebendes Regulativ für die Rechte inne
halb einer rechtlichen Beziehung, können aber, eben deshalb, nic
Quelle eines besonderen, zu diesen Rechten hinzukommenden, Recht
sein. Quelle und Inhalt eines Rechtes können nicht zusammen falle

ben richte. Daher werden Rechtsüberschreitung (Rechtsmißbrauch) und Verletzung eines subjektiven Rechtes im konkreten Falle zwar häufig gleichzeitig gegeben sein, begrifflich aber sind sie voneinander unabhängig; die Rechtsüberschreitung kann eine Verletzung eines subjektiven Rechtes enthalten, muß es aber nicht tun.

Da nach dem oben Gesagten eine Handlung aber auch dann rechtswidrig ist, wenn sie keine Beeinträchtigung eines subjektiven Rechtes enthält, sondern nur gegen das objektive Recht verstößt, fragt es sich, ob dies bei dem sogenannten Rechtsmißbrauche der Fall ist. Diese Frage ist zu bejahen.

Was zunächst die Vorschrift des § 226 betrifft, so ist es nahezu unbestritten, daß sie ein Verbot enthält und eine unter sie fallende Handlung daher rechtswidrig ist. Dies ergibt sich schon aus dem Wortlaute dieser gesetzlichen Bestimmung, die eine im Sinne des BGB schikanöse Handlung für unzulässig erklärt. Etwas, das von der Rechtsordnung für unzulässig erklärt worden ist, widerstreitet ihr und ist daher rechtswidrig [257]).

Dasselbe gilt auch für die Fälle der sogenannten Rechtsmißbrauchsverbote, die sich aus den §§ 826, 242 ergeben. Es wurde schon oben (S. 36 ff.) bei der Behandlung der Frage, ob § 826 ein derartiges Verbot enthalte, hervorgehoben, daß sich ein solches aus der Bedeutung ergebe, der dem Begriffe der guten Sitten im BGB zukommt. Wenn dies aber der Fall ist, so kann man nicht sagen, daß eine gegen die guten Sitten verstoßende Handlung, die sich scheinbar als Rechtsausübung darstellt, unzulässig, gleichwohl aber nicht rechtswidrig ist. Denn wenn eine Handlung nach dem Gesetze nicht zulässig ist, widerstreitet sie dem objektiven Rechte und kann daher nicht rechtmäßig sein. Die Ansicht, daß die guten Sitten zwar eine Schranke der Rechtsausübung bilden, eine gegen sie verstoßende Handlung aber nicht rechtswidrig ist, kann daher nicht richtig sein [258]). Vielmehr ist daran festzuhalten, daß eine die guten Sitten verletzende Handlung rechtswidrig ist [259]).

[257]) Blümner, S. 153; Fischer a. a. O., S. 142; Hager, S. 101; Heine, S. 15; Huber, S. 73; Martin, S. 78; Nast, S. 78; Neumann, S. 20; Oertmann, DJZ 1903, S. 326; Planck, § 226, Anm. 2; Ramdohr, S. 590; Siebert, Verwirkung, S. 134; RGZ 58, S. 216; 72, S. 254.

[258]) A. A. Siebert, Verwirkung, S. 92 ff. und 136.

[259]) Fischer a. a. O., S. 140, 147; Hager, S. 120; RGRK, § 826, Anm. 1; RGZ 101, S. 325; A. A. Heine, S. 36; Kipp, S. 12.

Aus den gleichen Gründen ist auch ein Handeln wider Treu und Glauben nicht rechtmäßig. Wie schon oben (§ 7 II) hervorgehoben wurde, ist der Verstoß gegen Treu und Glauben in den §§ 157, 162, 815 von dem objektiven Rechte mit Rechtsfolgen ausgestattet worden, die für den Handelnden nachteilig sind. Zwar wird bei der Verletzung von Treu und Glauben zunächst nur die Rücksichtnahme auf den anderen Teil innerhalb einer rechtlichen Beziehung außer Acht gelassen, aber durch die Bedeutung, die der Begriff von Treu und Glauben im geltenden Rechte hat, ist ersichtlich, daß die Verpflichtung zu gegenseitiger Rücksichtnahme eine rechtliche Pflicht bedeutet. Die Rechtsordnung mißbilligt einen Verstoß gegen Treu und Glauben [260]), aus dieser Mißbilligung aber ergibt sich, daß eine derartige Treupflichtverletzung nicht im Einklange mit der Rechtsordnung steht. Vielmehr widerspricht sie deren Normen und Forderungen und ist aus diesem Grunde rechtswidrig [261]).

Zusammenfassend ist also zu sagen: Eine gegen die guten Sitten oder Treu und Glauben verstoßende oder schikanöse Rechtsausübung ist in Wirklichkeit eine Ueberschreitung des betreffenden subjektiven Rechtes; diese Rechtsüberschreitung ist weiterhin aber stets auch rechtswidrig [262]), weil sie dem objektiven Rechte widerspricht.

III. Es bleibt noch die Frage übrig, ob die rechtliche Natur, die der sogenannte Rechtsmißbrauch hat, also die Rechtsüberschreitung und die Rechtswidrigkeit, vom Richter im Prozesse von Amts wegen zu beachten ist oder ob sie nur dem Betroffenen die Möglichkeit gewährt, eine Einrede geltend zu machen. Hierzu ist zu bemerken, daß für eine Einrede im Sinne des materiellen Rechtes deshalb kein Platz sein kann, weil eine Einrede die Geltendmachung eines Gegenrechtes gegenüber einem an sich bestehenden Rechte bedeutet. Darum geht es aber bei einer im Wege der gerichtlichen Geltendmachung eines angeblichen Rechtes geschehenden Rechtsüberschreitung nicht, denn das subjektive Recht des Klägers besteht hier gar nicht in dem Umfange, in dem es geltendgemacht wird. Auch hat der Betroffene seinerseits kein subjektives Recht (Gegen-

[260]) Dies dürfte unbestritten sein.
[261]) So auch Siebert, JW 1932, S. 2385; Erdmann, S. 19; A. A. Hamburger, S. 16; Siebert, Verwirkung, S. 137.
[262]) RGRK, § 826, Anm. 1; Siebert, JW 1932, S. 2385.

recht) darauf, daß sich der andere innerhalb der allgemeinen Schranken seiner Rechte halte. Die begrifflichen Voraussetzungen für die Geltendmachung einer Einrede sind also bei der mißbräuchlichen „Rechtsausübung" nicht gegeben. Vielmehr ist das rechtlose und rechtswidrige Handeln von Amts wegen zu beachten, mag diese rechtliche Natur der Handlung gegeben sein wegen eines Verstoßes gegen § 226[263]) oder wegen Verstoßes gegen Treu und Glauben[264]) oder wegen ihrer Sittenwidrigkeit (§ 826). Ob die gerichtliche Geltendmachung eines Rechtes einen Mißbrauch, d. h. eine Ueberschreitung desselben darstellt, ist daher vom Richter auf Grund des von den Parteien vorgebrachten Tatsachenmaterials stets von Amts wegen zu prüfen. Allerdings ist es möglich, daß der Betroffene gegenüber dem Berechtigten auf die Schranken seiner Rechte verzichtet; dies ist aber nur hinsichtlich der Schranke von Treu und Glauben zulässig[265]), denn diese Forderung ergibt sich aus den beiderseitigen Interessen, ist also abhängig von dem Willen der Beteiligten. Dagegen ist ein Verzicht auf die guten Sitten (mit dem Unterfalle des § 226) unbeachtlich, da die guten Sitten allgemeine Bedeutung haben und ihre Wirksamkeit unabhängig ist von dem Willen der Parteien. Daß die guten Sitten über dem Willen der Beteiligten stehen und daher unabdingbar sind, ergibt sich schon aus § 138 BGB. Wenn sich aber der durch die scheinbare Rechtsausübung Betroffene im Prozesse nicht auf Treu und Glauben beruft und einen Verstoß gegen sie nicht rügt, so ist zu prüfen, ob darin nicht ein Verzicht auf die aus § 242 sich ergebende Schranke der subjektiven Rechte seines

[263]) Endemann, Lehrbuch, S. 423; Koch, S. 31; Martin, S. 88; Nast, S. 66; Planck, § 226, 3; Ramdohr, S. 835; RGRK, § 226, Anm. 2; Siebert, Verwirkung, S. 147. — Die Gegenansicht, vertreten durch Soergel, § 226, Anm. 4, Staudinger-Riezler, § 226, Anm. 6, stützt sich hauptsächlich darauf, daß § 226 nur dem Schutze privater, nicht aber dem öffentlicher Interessen diene. Letzteres ist aber nicht erforderlich, um eine gesetzliche Vorschrift des Privatrechts zu einer von amtswegen zu beachtenden zu machen.

[264]) Erdmann, S. 18; Siebert, Verwirkung, S. 148; Derselbe, JW 1932, S. 2385; Tuhr, S. 563.

[265]) Ein solcher Verzicht ist aber wegen der Unabdingbarkeit der guten Sitten nur dann wirksam, wenn er diese nicht verletzt, d. h. nur dann, wenn im Einzelfalle Treu und Glauben strengere Anforderungen stellen als die guten Sitten. Vgl. Kreß, Allg. Schuldrecht, S. 376, auch Siber, Schuldrecht, S. 67. Für Unabdingbarkeit von Treu und Glauben Planck, § 157, Anm. 1 a.
Auf den praktisch wichtigsten Fall wurde oben (S. 60 f., Anm. 221) hingewiesen.

Gegners liegt, ob er nicht dem Handelnden einen größeren Umfang seines Rechtes einräumen will, als dieser an sich hätte. Der hierzu erforderliche Vertrag würde dann während des Prozesses dadurch zustande kommen, daß der Kläger mit der Erhebung der Klage gleichzeitig eine Erweiterung seines durch die allgemeinen Schranken, d. h. in diesem Falle durch Treu und Glauben, beschränkten Rechtes seinem Gegner anträgt und dieser das Angebot stillschweigend annimmt.

Im übrigen aber ist grundsätzlich daran festzuhalten, daß die allgemeinen Schranken der subjektiven Rechte von Amts wegen zu berücksichtigen sind[266]) und sie in ihrer Wirkung nicht davon abhängen, daß sie dem Handelnden von dem Betroffenen ausdrücklich entgegengehalten werden.

§ 9. Der Schutz gegen Rechtsmißbrauch.

I. An die Spitze zu stellen ist die eben gewonnene Erkenntnis, daß der Rechtsmißbrauch in Wahrheit eine Rechtsüberschreitung und daß eine derartige Handlung rechtswidrig ist. Mit dem Momente der Rechtswidrigkeit ist schon eine Bedingung für die Anwendbarkeit des § 227 II BGB erfüllt. Es ist also grundsätzlich gegen die sogenannte mißbräuchliche Rechtsausübung die Notwehr seitens des dadurch Betroffenen oder eines Dritten (Nothilfe) zulässig und erlaubt[267]). Allein nicht gegen jede rechtswidrige Handlung ist die Notwehr gegeben, sondern gemäß § 227 nur dann, wenn sich die Handlung als gegenwärtiger Angriff darstellt, d. h. als eine Tätigkeit, die die drohende Gefahr für die Verletzung eines Rechtsgutes in sich enthält. Wann dies der Fall ist, läßt sich nicht allgemein, sondern nur bei der Betrachtung einer bestimmten Handlung feststellen. Soviel kann aber gesagt werden, daß in der bloßen, gegen Treu und Glauben verstoßenden Geltendmachung einer Forderung noch nicht ein Angriff liegt, weil durch ein solches Verhalten noch keine Gefahr für die Rechtsgüter des Schuldners herbeigeführt wird. Deshalb wird bei einer Rechtsausübung, die

[266]) Siehert, Verwirkung, S. 147 ff., und JW 1932, S. 2385.

[267]) So für § 226: Hager, S. 110; Heine, S. 16; Koch, S. 41; Martin, S. 82; Neumann, S. 24; Oertmann, DJZ 1903, S. 326; RGRK, § 226, Anm. 1; Tuhr, S. 569.
Für § 826: Enneccerus-Lehmann, S. 783; A. A. Oertmann, DJZ 1903, S. 328; Martin, S. 82.

gegen Treu und Glauben verstößt, eine Notwehrhandlung selten gerechtfertigt sein; denn, obwohl sie nach dem Gesagten rechtswidrig ist, hat sie doch nicht die tatsächliche Natur eines Angriffes. Niemand wird sich als angegriffen bezeichnen wollen, wenn er entgegen seinen berechtigten Erwartungen und entgegen der Verkehrssitte von seinem Gläubiger gemahnt worden ist. Aber grundsätzlich ist daran festzuhalten, daß aus § 242, wie aus den §§ 226, 826 die Berechtigung einer Notwehrhandlung sich ableiten läßt, weil eben jede Rechtsüberschreitung nicht nur ein Handeln ohne Recht, sondern ein rechtswidriges Handeln ist.

II. Nicht nur im Wege der Notwehr, sondern auch auf gerichtlichem Wege, d. h. durch Anrufung staatlichen Schutzes, kann einer durch eine Rechtsüberschreitung drohenden Beeinträchtigung entgegengetreten werden. In der Rechtsüberschreitung oder auch nur in der Androhung einer solchen liegt schon die Behauptung des scheinbar Berechtigten, daß sein subjektives Recht umfassender sei, als es tatsächlich infolge der Schranken ist, die sich aus den guten Sitten und aus Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte ergeben. Gleichgültig ist hierbei, in welcher Weise die Rechtsüberschreitung erfolgen soll, ob im Wege des Genusses des scheinbaren Rechtes, seiner gerichtlichen oder außergerichtlichen Geltendmachung oder im Wege der Verfügung; allen Arten der im Rechtsmißbrauche liegenden Rechtsüberschreitung ist das eine gemeinsam, daß der Handelnde sich mehr Recht anmaßt, als er tatsächlich hat. Deshalb kann derjenige, der durch eine solche „Rechtsausübung" betroffen wird oder betroffen werden soll, dem „Berechtigten" dadurch entgegentreten, daß er durch gerichtliches Erkenntnis feststellen läßt, daß das betreffende subjektive Recht nicht so weit geht, wie der andere durch seine Handlungen oder Aeußerungen behauptet. Er kann mit anderen Worten unter den Voraussetzungen und nach Maßgabe des § 256 ZPO eine negative Feststellungsklage dahingehend erheben, daß die vom Gegner vorgenommene oder beabsichtigte scheinbare Rechtsausübung nicht mehr dem Inhalte seines Rechtes entspricht, daß sein Recht durch Treu und Glauben und durch die guten Sitten beschränkt ist [268]).

[268]) Vgl. Siebert, Verwirkung, S. 141. Für die Zulässigkeit der Feststellungsklage bei drohender Schikane Koch, S. 37; Martin, S. 86.

III. Weiter als die Klage auf Feststellung, daß dem scheinbar Berechtigten nicht ein subjektives Recht in dem von ihm behaupteten Umfange zusteht, geht der Unterlassungsanspruch, der demjenigen erwächst, der durch eine Rechtsüberschreitung betroffen worden ist. Die Lehre von der sogenannten vorbeugenden Unterlassungsklage ist von der Rechtsprechung des Reichsgerichtes in analoger Anwendung der §§ 12, 862, 1004 BGB entwickelt worden [269]); es müssen deshalb die Voraussetzungen, unter denen in den angeführten gesetzlichen Bestimmungen ein Unterlassungsanspruch gewährt wird, auch hier gegeben sein. Diese Voraussetzungen sind nicht die Merkmale einer unerlaubten Handlung, sondern nur ein rechtswidriger Eingriff in ein geschütztes subjektives Recht oder in ein Rechtsgut und die Gefahr der Wiederholung eines solchen Eingriffes [270]). Es genügt also nicht wie bei der Feststellungsklage und der Notwehr, die ebenfalls vorbeugenden Charakter haben, eine drohende Beeinträchtigung, vielmehr muß durch die Rechtsüberschreitung ein Rechtsgut eines anderen Rechtsgenossen schon einmal verletzt worden sein und die Besorgnis weiterer Verletzungen bestehen. Da jede Rechtsüberschreitung nach dem oben Gesagten widerrechtlich ist, so kann, wenn Eingriff und Wiederholungsgefahr gegeben sind, der durch eine Rechtsüberschreitung Betroffene Klage auf Unterlassung künftiger Eingriffe dieser Art erheben [271]).

IV. Neben den bisher angeführten Möglichkeiten, die den Zweck haben, eine im Wege der Rechtsüberschreitung erfolgende Rechtsgutsverletzung zu verhindern, stehen die Vorschriften, die die Behebung eines schon entstandenen Schadens bezwecken. Wie Siebert [272]) richtig bemerkt, läßt sich allein aus dem Vorliegen einer Rechtsüberschreitung noch nicht eine Pflicht zum Ersatze eines durch sie entstandenen Schadens

[269]) Für die Ausbildung dieser Lehre sind hauptsächlich aufschlußreich die Entscheidungen RGZ 41, S. 118 ff.; 60, S. 7 ff.; 61, S. 369 ff.: vgl. auch Koppert, S. 64 ff., 83 ff.

[270]) RGRK, Vorbemerkung III vor § 823; RGZ 124, S. 260; RG JW 1929, S. 1223; 1933, S. 1401; Hedemann, Schuldrecht, S. 463 f.

[271]) So Siebert, Verwirkung S. 143.
Für Zulässigkeit der Unterlassungsklage bei Verletzung des § 226: Blümner, S. 198; Heine, S. 16; Koch, S. 46; Martin, S. 87; Nast, S. 62, Neumann, S. 35; Oertmann a. a. O., S. 328; RGRK, § 226, Anm. 1; Tuhr, S. 569; RGZ 72, S. 254; A. A. Ramdohr, S. 825.
Bei § 826: Neumann, S. 35; A. A. Oertmann a. a. O., S. 328; Martin, S. 82.

[272]) Verwirkung, S. 144.

ableiten; vielmehr besteht eine solche nur dann, wenn sie sich aus den Vorschriften über die Schadensersatzpflicht ergibt. Es muß also zu dem objektiven Verstoße gegen eine Rechtsnorm, also außer dem Gegebensein der objektiven Kriterien einer Rechtsüberschreitung, auch noch das Moment der Schuld gegeben sein. Es genügt also nicht zum Entstehen einer Schadensersatzpflicht, daß der Handelnde nur objektiv gegen die allgemeinen Schranken der subjektiven Rechte verstößt, daß er also nur sein Recht überschreitet, vielmehr muß diese Ueberschreitung schuldhaft, also vorsätzlich oder fahrlässig, geschehen sein. Nur wenn die Rechtsüberschreitung den vollen Tatbestand einer unerlaubten Handlung im Sinne der §§ 823 ff. erfüllt oder nach dem Rechte der Vertragsbeziehungen dem Betroffenen ein entsprechender Rechtsgrund erwächst, verpflichtet die Rechtsüberschreitung den Handelnden zum Ersatze des entstandenen Schadens.

An der Spitze steht § 823 I BGB. Wird durch eine Rechtsüberschreitung vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, der Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen verletzt, so ist der Handelnde zum Schadensersatze verpflichtet[273]); das Merkmal der Rechtswidrigkeit ergibt sich einmal allgemein aus dem Wesen der Handlung als einer Rechtsüberschreitung und sodann aus dem Vorliegen einer Rechtsgutsverletzung. Ein Rechtfertigungsgrund aus einem subjektiven Rechte steht dem Schädiger nicht zur Seite, denn durch die mißbräuchliche Ausübung seines Rechtes hat er dessen Umfang überschritten; es liegt daher eine ganz gewöhnliche Handlung vor, die den Handelnden unter den Voraussetzungen und nach der Vorschrift des § 823 I zum Ersatze des entstandenen Schadens verpflichtet.

Was den § 823 II BGB betrifft, so fragt es sich, ob die sogenannten Rechtsmißbrauchsverbote Schutzgesetze im Sinne dieser Vorschrift sind. Dies ist für § 226 zu bejahen[274]), da sich aus dessen Wortlaute schon ergibt, daß er der Schädigung eines Dritten vorbeugen, diesen also durch Aufstellung eines mit einem ganz bestimmten Tatbestande ausgestatteten Verbotes

[273]) Siebert, Verwirkung, S. 144.
[274]) Enneccerus-Lehmann, S. 777; Heine, S. 17; Koch, S. 47; Lehmann, S. 100; Martin, S. 80; Oertmann a. a. O., S. 326; RGRK, § 226, Anm. 1; Siebert, Verwirkung, S. 145; A. A. Nast, S. 65.

schützen will. Anders ist dies bei § 826 und § 242. Die erstere Bestimmung ist selbst eine Norm des Schadensersatzrechtes, kann deshalb nicht auch ein Schutzgesetz im Sinne einer anderen Schadensersatznorm sein. § 242 ist eine Vorschrift, die die Pflichten des Schuldners, damit allerdings zugleich auch die Rechte des Gläubigers regelt, aber sie enthält nicht den genau bestimmten Verbotstatbestand, der für ein Schutzgesetz erforderlich erscheint, sondern hat wie die meisten Vorschriften des Privatrechts die Aufgabe, Rechte und Pflichten innerhalb eines rechtlichen Verhältnisses zu regeln. Daraus erwächst ihr aber noch nicht der Charakter eines Gesetzes, das den Schutz eines anderen bezweckt [275]). Von den Vorschriften, die sich als allgemeine Schranken aller subjektiven Rechte darstellen, ist also nur § 226 ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 II BGB.
Dagegen kann § 826 als allgemeine Vorschrift für den Ersatz eines durch Rechtsüberschreitung entstandenen Schadens bezeichnet werden. Es wurde schon oben (S. 43) ausgeführt, daß jede schikanöse Handlung im Sinne des § 226 gegen die guten Sitten verstößt, und auch ein Verstoß gegen Treu und Glauben wird häufig sittenwidrig sein. Der Tatbestand des § 826 BGB umfaßt also die meisten Fälle einer Rechtsüberschreitung und daher ist diese gesetzliche Bestimmung fast immer anwendbar, wenn eine Handlung nicht im Einklange steht mit den Vorschriften, die allgemein den Inhalt aller subjektiver Rechte beschränken.

Zusammenfassend ist also zu sagen, daß eine Rechtsüberschreitung, wie jede sonstige rechtswidrige Handlung, unter den Voraussetzungen des § 823 I BGB zum Schadensersatze verpflichtet, daß bei schikanöser Handlung eine Schadensersatzpflicht auch aus § 823 II BGB erwächst, daß im übrigen aber die Pflicht zum Ersatze eines durch eine Rechtsüberschreitung hervorgerufenen Schadens abhängig ist von der Erfüllung des Tatbestandes des § 826 BGB.

[275]) Vgl. auch Enneccerus-Lehmann. S. 777.

Lebenslauf.

Geboren zu Radolfzell a. B. am 24. Dezember 1912 als Sohn des Verlags- und Hauptschriftleiters Dr. iur. Wilhelm Sedlmayr, besuchte ich die Elementarschule und das humanistische Gymnasium in Ulm a. D. Nachdem ich dort im März 1931 die Reifeprüfung abgelegt hatte, studierte ich Rechtswissenschaft an den Universitäten Tübingen, München und Heidelberg. Am 13. Juni 1935 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung, am 26. November 1936 das mündliche Doktorexamen.